COMPENDIO

DE LECCIONES ESCRITAS DE

DERECHO ROMANO

por

M. RUBEN DE COUDER

DOCTOR EN DERECHO Y MAGISTRADO DE LOS TRIBUNALES DE FRANCIA.

Vertido al español de la 5ª edicion francesa
y adicionado con notas referentes á las concordancias y diferencias entre la legislacion
y jurisprudencia española, la romana y la francesa

POR

D. ALVARO LOPE ORRIOLS

Doctor en Derecho, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona,
académico de la de Jurisprudencia y Legislacion y de la de Derecho y
Abogado Fiscal sustituto de la Audiencia de dicha ciudad.

PRECEDIDO DE UN EPÍTOME HISTÓRICO

POR

D. ENRIQUE DE LARRATEA

Doctor en Derecho y Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

MADRID

IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACION

á cargo de M. Ramos

Ronda de Atocha, núm. 15, centro

1883

PROEMIO DEL TRADUCTOR.

Al dar á la estampa la version castellana del Compendio de lecciones escritas de Derecho romano, por M. Ruben de Couder, distinguido Magistrado de los Tribunales de la vecina República, nos alienta el convencimiento de que prestamos con ello un especialísimo servicio á la juventud escolar española que consagra sus talentos al estudio de la ciencia del Derecho. Porque no es una obra de consulta ó de ampliacion la que le ofrecemos, sino el que podríamos llamar *substratum* comprensivo y originalmente metódico de toda la doctrina jurídica romana; Compendio á cuyo indisputable valor intrínseco acompaña la utilidad práctica de sustituir con notoria ventaja los apuntes manuscritos, plagados por lo comun de lamentables errores, que suelen tomarse, al vuelo de la palabra, en las aulas universitarias.

Y pues al estudio del Derecho romano precede una introduccion histórica en la enseñanza oficial de aquella asignatura, hemos intentado bosquejarla en brevísimo *Epítome*, á fin de que la obra resultase más adecuada á los repasos para que ofrece tan evidente utilidad.

Mientras el campo de la literatura jurídica sea en

nuestra patria tan estéril que debamos surtir el mercado intelectual con las importaciones extranjeras, la obra que hoy reproducimos en nuestro idioma será el texto más rico en doctrina á vueltas de su relativa concision, y por consecuencia el más acomodado á la naturaleza elemental de los estudios en nuestras escuelas de Derecho.

EPÌTOME HISTÒRICO DEL DERECHO ROMANO.

INTRODUCCION.

Tiene por objeto este resúmen con que adicionamos la presente obra, facilitar el estudio de las Instituciones con el prévio conocimiento de la historia externa del Derecho romano, comprendiendo en ella sumaria noticia de la organizacion político-jurídica de la antigua Roma en sus diversas épocas, los hechos más culminantes, las fuentes de donde brotaron sus leyes, y los caractéres y vicisitudes del conjunto de instituciones que constituyen el sistema del Derecho romano hasta la época justinianea, como tambien su suerte posterior. Para ello, examinaremos rápidamente cada una de aquellas fuentes de Derecho, á medida que aparezcan en la esfera jurídica del gran pueblo, no aisladas, sino simultáneamente, dividiendo á tal propósito la historia del Derecho romano en grandes períodos, á partir de la fundacion de Roma y á terminar en las últimas vicisitudes por que pasó el Derecho en Oriente y Occidente desde Justiniano hasta los comienzos de la época moderna; con todo lo cual aparecerán justificados la importancia y el interés de su estudio.

Siguiendo la opinion de respetables autores y tomando por base la decisiva influencia que tuvo en Roma la política sobre el Derecho, podemos dividir en *cuatro* períodos la historia de este último: Primer período: Desde los orígenes de Roma hasta la desaparicion de la monarquía, caracterizado por la rudeza y el exclusivismo del Derecho y la confusion del público y el privado dentro del religioso. Segundo período: Desde la expul-

sion de Tarquino el Soberbio y establecimiento de la República, hasta los dias de Augusto; durante cuyo período se observan, como sus notas características, en lo político, la sucesiva emancipacion de la plebe, mediante reñida y porfiada lucha con el patriciado; y en lo jurídico, la influencia cada vez más pronunciada del *jus gentium* que paulatinamente despojó al Derecho primitivo de su exclusivismo y rudeza, merced al pretor peregrino y á las más frecuentes relaciones que Roma sostiene con los demás pueblos. Tercer período: Desde Augusto á Constantino; presenta como caractéres distintivos, en el órden político, la decadencia de las formas republicanas y su transformacion en Imperio; y por el contrario, el más alto punto de apogeo en la vida jurídica, por la influencia decisiva de la filosofía estóica que informa las obras de los jurisconsultos, y por el cristianismo que se inicia en este período, verdadera edad de oro del Derecho romano. Cuarto período: Desde Constantino hasta Justiniano, ó sea la época de los emperadores cristianos, caracterizada por la completa cristianizacion del Derecho y su tendencia á fijarse definitivamente por medio de la codificacion. Y por remate de dicho estudio daremos una breve noticia de la suerte del Derecho romano en Oriente y Occidente hasta la edad moderna.

En cada uno de estos períodos, bien que de muy concisa manera, examinaremos los acontecimientos más notables que influyeron en el sucesivo desarrollo del Derecho, la organizacion política, administrativa y judicial de Roma y las fuentes legislativas, indicando, de pasada, el carácter propio de cada una de las más importantes instituciones.

PRIMER PERÍODO.

§ 1

DESDE LOS ORÍGENES DE ROMA HASTA LA ABOLICION DE LA MONARQUÍA.

Italia.—Afirman los autores, en presencia de las investigaciones y modernos adelantos de la filología, que la raza indo-germánica, de diversas tribus compuesta, extendióse por

la Europa, llegando á poblar la Italia los pelasgos, oscos, umbríos, latinos, etruscos, sabelios, samnitas, yapigas é italiotas, estableciéndose en diversas regiones de la Península. Sin descender á un minucioso estudio, y limitándonos á fijar el estado de cultura de aquellos pueblos, debemos decir que algunas palabras por ellos empleadas revelan que se dedicaban al pastoreo, transicion á la agricultura, y que se hallaban organizadas en formas patriarcales, y en tal concepto era el matrimonio monógamo y era el padre jefe y señor absoluto de la familia. Estas familias, asociadas, constituian las gentes, unidas por identidad de orígen, de ideas y de intereses, gobernadas por asambleas de ancianos, padres de familia, presididos por un jefe de eleccion popular, á quien puede considerarse monarca. Tres pueblos, sin embargo, entre los mentados, merecen particular atencion, porque fueron elementos concurrentes á la formacion del pueblo romano: los latinos, los italiotas y los etruscos, tambien conocidos con las denominaciones de ramenses, ticios y luceres.

§ 2

Etruscos.—Eran los etruscos, llamados tambien réticos, el pueblo más civilizado de los que en Italia residian; repútasele descendiente de la gran familia indo-germánica. Establecióse en el Po, extendiéndose hasta el Tíber y el Arnio, y estaba organizado en una federacion de doce ciudades unidas por vínculos religiosos y políticos, pero independientes entre sí, gobernadas cada una de ellas por los *lucumones* ó jefes de las familias patricias, poseedores por derecho hereditario de la ciencia y de la religion. Para tratar asuntos de interés comun reuníanse los jefes de las ciudades en la metrópoli, no siendo para cada una de ellas obligatorio el cumplimiento de los acuerdos. En esta falta de unidad hallóse tal vez el secreto de la decadencia experimentada por este pueblo.

Italiotas.—Forman el de este nombre los sabelios y los latinos, tríbus de la raza indo-europea establecidas en el Latium. Distínguense por su carácter severo y por su respeto al juramento. La familia se organiza de un modo patriarcal; y el

padre, que es á la vez señor, sacerdote y juez dentro de su casa, tiene ámplio y absoluto poder sobre la mujer y los hijos. En lo político, estaban gobernados por un magistrado vitalicio, reuniéndose las ciudades, entre las cuales no existia verdadera federacion, en asamblea general constituida por los representantes de cada una de aquellas y, en caso de guerra, para elegir un jefe.

Latinos.—Pertenecen á la misma raza que los anteriores; ocuparon el territorio comprendido entre el golfo de Tarento y la parte oriental de la Sicilia, dentro del cual se halla el Latio, propiamente dicho, que comprende la region situada entre el Tíber, el Arnio y el promontorio Cireeo. Formaba este pueblo una confederacion de treinta ciudades, las cuales se hallaban á su vez constituidas por un número de familias ó *gens*, enlazadas por la comunidad de orígen, lenguaje y costumbres. Estaban gobernadas por un jefe superior elegido por los ciudadanos sujetos al servicio de las armas, á quien asesoraba una asamblea formada por los jefes de familia. Constituia el estado dentro de cada ciudad el *Capitolium*, fortaleza construida en una altura, y el *Forum* lugar donde se reunia el pueblo. Podian unirse en matrimonio los habitantes de estas ciudades confederadas, así como contratar y adquirir; en caso de guerra un solo caudillo dirigia las huestes confederadas y fallaba las intestinas discordias un Consejo de la federacion; á pesar de cuyos vínculos y relaciones se reconocia á estas ciudades el derecho de guerrear entre sí. Con frecuencia celebraban asambles federales y fiestas á Júpiter Latiario, para mantener estrechados los lazos de la confederacion. Alba fué su primera capital, pero más tarde se sometió á Roma como se sometieron las demás ciudades del Latio y los otros pueblos que ocupaban la Italia.

§ 3

Orígenes de Roma.—No es exagerado decir que hasta el siglo XVIII todo el trabajo de la crítica histórica sobre este punto ha sido de impugnacion; pues los adelantos de la ciencia moderna rechazaban como fabuloso y falto de fundamento

cuanto habian escrito griegos y romanos acerca de los orígenes de Roma. La carencia de todo monumento que perpetúe los vestigios de aquella primitiva edad déjala envuelta en la penumbra de la incierta conjetura, y solo empieza la certidumbre cuando los galos invaden la ciudad de las siete colinas (394 a. J.-C.); hecho del que parten los historiadores para fijar la época de la fundacion, 754 años ántes de Jesucristo, por haber mediado, segun afirmaciones de los Pontífices, 360 años entre uno y otro acontecimiento. Hallábase constituido este pueblo por tres tríbus; segun opinion de algunos por los ramenses ó latinos solamente; segun otros, uniéndoseles sucesivamente los titienses ó etruscos y los luceres.

§ 4

Organizacion de Roma.—Estado civil de las personas.—El primer elemento es el pueblo, el cual, por la diferente condicion jurídica de los individuos se divide en cuatro clases: patricios, plebeyos, clientes y esclavos. Los patricios eran los *patres gentium* y *patres familiarum* que gozaban de todos los derechos políticos y civiles. Los plebeyos procedian de tríbulimítrofes, admitidos en la ciudad por Anco Marcio, segun unos, por Numa segun otros; y se igualaban á los patricios, excepto en el ejercicio de los cargos públicos, derecho de sufragio, concurrencia á las asambleas públicas, dignidades sacerdotales y senaduría, de todo lo cual se hallaban excluidos. Eran los clientes una clase intermedia entre los patricios y los plebeyos, protegidos por los primeros y diferentes de los segundos; son los esclavos manumitidos; el señor es el patrono y el esclavo pasa á la condicion de cliente; de aquí nacen derechos y deberes que constituyen la *clientela* y el *derecho de patronato*. Los esclavos carecen de personalidad y se consideran como cosas.

Por razon de su procedencia se dividia el pueblo romano en *tres* tríbus; cada una de éstas en *diez* curias, y cada curia en *diez* decurias, formando un total de treinta curias y trescientas decurias. Cada tríbu tenia su jefe, llamado *tribunus*. Las curias tenian lugar propio donde reunirse y voto en la

Asamblea pública, como tenian su jefe y su culto propios. Se formaba cada una por un número indeterminado de *gens*, agrupacion de familias descendientes de un mismo tronco, segun lo revela el *cognomen gentilitium*, unidas, además, por la identidad de culto y de derechos y deberes mútuos, fundados en el principio familiar. Entre otros derechos, existia el de la sucesion intestada, y entre otros deberes el de la curatela. La *gens* se considera anterior á la formacion del estado romano, resto de la organizacion patriarcal primitiva, base jurídica y elemento primordial de aquel estado, porque es la asociacion primera de las familias, que sin abdicar su interior independencia, constituyeron las primeras sociedades políticas. Por esto la curia es reunion de *gentes*, con poder, derechos y religion propios, y la suma de estos poderes forma el Estado, que se halla constituido no sobre las curias, sino por la asociacion de gentes.

Ciudadanía. Los individuos de la *gens*, que eran los patricios, gozaban de la ciudadanía, título eminente que representaba una suma de privilegios. Entre los derechos que atribuia, unos eran públicos, como el *jus sufragium*, el *jus honorum*, el *jus occupandi agrum publicum*; y otros privados, como el *jus connubium*, el derecho de patronato y el *jus commercium*, comun tambien á los plebeyos; y entre los deberes, algunos tenidos en tal estima que se consideraban como derechos, podemos citar el *jus militiæ* y el *jus tributi*.

§ 5

Organizacion de los poderes.—Tres son las instituciones que comparten el ejercicio del poder: el Rey, el Senado y los Comicios ó Asambleas populares.

El Rey.—Es elegido por el pueblo reunido en curias, confirmado por el Senado y aprobado por los Augures. Son atribuciones de este monarca electivo: convocar los comicios, nombrar los flamines y los funcionarios del órden político y religioso, elegir los Senadores y desempeñar la suprema judicatura en la administracion de justicia. Era tambien Pontífice Máximo; en sus ausencias ejercia el gobierno el *prefectus urbi*,

y en las vacantes ó interregnos el Senado por medio de algunos de sus miembros llamados por esta razon *interreges*.

Senado.—Llamado tambien *Consilium regium*, era el cuerpo consultivo del monarca en lo religioso, político é internacional, y decisivo en lo referente á la declaracion de guerra y á los acuerdos de los comicios. El cargo de Senador era vitalicio y de nombramiento real; su número el de trescientos, correspondiendo cien á cada tríbu.

Comicios.—Son las asambleas del pueblo. Las hay de dos clases: *curiata* y *calata*; las primeras, esencialmente políticas, se reunen, convocadas por el Rey, y en su ausencia ó en interregno, por el *tribunus celerum* y los *interreges*. Conocen de la eleccion de monarca, de asuntos políticos importantes, de la arrogacion y otorgacion del derecho de ciudadanía. Votaban por curias, siendo necesarios los votos de la mitad más uno de los miembros de cada una para que fuesen obligatorios sus acuerdos. Los *calata comitia* tenian carácter religioso, y ante ellos se otorgaba testamento.

§ 6

Organizacion económica y religiosa.—Indicaremos algo de ella por la importancia que tuvo en el modo de ser de la propiedad, dejando profundas huellas en el derecho. Se dividia el territorio en tres partes: una para el Rey, destinada á sostener sus gastos particulares y los del Estado y del culto; otra reservada á los pastos, por ser la ganadería principal riqueza de Roma, derecho de que usaban los ciudadanos mediante el pago de un cánon; y otra parte distribuida entre las familias patricias. Los territorios conquistados se consideraban como *ager publicus* y se dividian en dos mitades, una para los patricios y otra que se reservaba el Estado para el aprovechamiento particular mediante el pago de un cánon.

Culto.—Tiene la religion principalísima importancia en este período de la historia romana, como elemento que concurre en todos los actos públicos y privados. En público y privado se distingue el culto: el primero, es el que sostiene y reglamenta el Estado; el segundo, es propio de las familias y de la *gens*;

comprende aquél los *sacra popularia*, en cuyos actos participa el pueblo y los *sacra pro populo*, sostenidos por el Estado para lograr la proteccion de los Dioses y el buen éxito en las empresas. Era jefe de la religion el Rey, auxiliado por el Colegio de los Pontífices, al que presidia, y por los Augures y los Feciales, que tenian además, estos últimos, el carácter de embajadores ó enviados de Roma para negociar los tratados internacionales y velar por su cumplimiento.

§ 7

Reformas políticas.—La poblacion de Roma se acrecentó paulatinamente, merced á la reunion de los habitantes de las ciudades conquistadas, los cuales abandonaban su antigua residencia para trasladarse á la ciudad; aumentóse con esto la plebe que, al sentirse poderosa por el número y por la riqueza de algunos de sus individuos, y al verse pospuesta al patriciado y agobiada por toda suerte de cargas, inició empeñada lucha que habia de prolongarse luengos siglos, para obtener la igualdad de derechos. A la persecucion de este propósito y al deseo de prevenir tales contiendas, débese la série de reformas políticas que registra la historia del pueblo romano, empezando por la de Tarquino Prisco. Este monarca elevó á la aristocracia á las familias que, siendo de condicion plebeya, se distinguian por su fortuna, creando así dentro de la aristocracia una nueva categoría. Llamábase á sus miembros ramnes, titienses y luceres, y á sus familias *gentes minores*, para distinguirlos del antiguo patriciado (*majores gentes.*) Esta nueva clase social enviaba cien individuos al Senado. En virtud de esta reforma debilitóse por gran manera la fuerza de la plebe que vió desaparecer de su seno los más poderosos elementos.

Reforma de Servio Tulio.—La realizada por Tarquino Prisco habia dejado en igual situacion á la gran masa de la plebe, porque subsistia entre ella y el patriciado el principio de desigualdad. Servio Tulio procedió á una nueva division del pueblo sobre la base igualitaria y estadística de la riqueza declarada en el censo. Dividió el territorio del Estado romano en cuatro *tribus*, y las tríbus en *regiones*, *pagos y vicos*, que tenian

sus jefes. Clasificáronse los ciudadanos en seis clases, atendiendo á la riqueza por ellos declarada cada cinco años al formar el censo, y segun que tuviesen 100.000, 75.000, 50.000, 25.000 ú 11.000 ases; agregándose otra clase formada por los que poseian una fortuna inferior al tipo de la quinta clase. Estas dividiánse á su vez en centurias, y tenian 98 la primera, 20 la segunda, 20 la tercera, 20 la cuarta y 30 la quinta, á las que debian añadirse dos de ingenieros y tres de músicos. Esta division servia de base para determinar los impuestos y servicios que debian prestar los ciudadanos; y fué bien recibida por los patricios, porque siendo ellos poseedores de las más grandes fortunas quedaban dueños todavía del poder, al paso que limitaba la autoridad real; y no la estimaron ménos los plebeyos, porque vino á establecer una base de igualdad política y civil, que si bien no lograron de momento y en absoluto, sirvióles de punto de partida para ulteriores conquistas.

Comicios centuriados.—A consecuencia de la nueva division las asambleas populares se reunieron por centurias, subsistiendo, sin embargo, los comicios curiados. Extendíanse sus atribuciones al conocimiento de asuntos que ántes pertenecieron á la autoridad real. Convocábalos el Rey en el Campo de Marte; tomábanse los acuerdos por mayoría absoluta de sufragios, y para ser obligatorios requerian la sancion de los comicios curiados.

§ 8

Fuentes del Derecho.—Son dos: el *Fas*, elemento divino é inmutable, precepto positivo emanado de la divinidad, y el *Jus*, elemento humano, variable y progresivo, que recibe su fuerza obligatoria de la voluntad del pueblo, manifestada bajo la proteccion del Estado y conforme á los decretos del poder público.

Forma.—Es la costumbre ó *mores majorum*, y la jurisprudencia que la fija y determina por medio de su aplicacion é interpretacion encomendada al Rey, á los Pontífices y á otros delegados.

Carácter.—Si bien el primitivo Derecho de Roma era natu-

ral producto de las costumbres de aquellos pueblos que constituyeron con su amalgama la nueva ciudad, una vez esta formada, tomó fisonomía propia y característica, distinguiéndose por el predominio del derecho de clases, la absorcion del Derecho público y privado por la religion y el culto y la diversidad de leyes con referencia á las personas, por ser distinta para los patricios y los plebeyos la legislacion en punto al matrimonio, al divorcio y á otras instituciones.

Monumentos legales.—Existen sólo algunos fragmentos de las leyes reales, disposiciones de los monarcas que se dicen compiladas por el Pontífice Papirio, tomando esta coleccion el nombre de *Jus Papirianum*; bien que léjos de poder acreditarse su existencia, por el contrario hánla puesto en duda los autores. Suponen algunos que Papirio, contemporáneo de Tarquino el Soberbio, debió formarla cuando, al ser abolida la monarquia, pasaron gran parte de sus atribuciones al Pontífice Máximo, quien adoptó por norma de sus funciones la compilacion papiriana.

Instituciones más notables en este periodo.—*La esclavitud*, que reconocia como causa principal la guerra. Los esclavos no tenian otro derecho que la concesion del peculio por su señor; podian ser emancipados, quedando unidos con su dueño por el vínculo de la clientela y el derecho de patronato que aquel ejercia.

Matrimonio.—Es monógamo y está prohibido entre los próximos parientes consanguíneos. En cuanto á las formas de su celebracion, existia entre los patricios la *confarreatio* que atribuia al marido la *manus* sobre la mujer, haciéndose aquel señor de sus bienes y quedando esta *in loco filiæ*. El divorcio se obtenia, con dificultad, por la *disfarreatio* y debia justificarlo el adulterio, la provocacion de aborto ó el abandono del hogar. Entre los plebeyos se verifica el matrimonio por el mero uso y por la compra, bastando el sólo consentimiento. La mujer no cae bajo el poder marital ni adquiere derechos á la sucesion del marido.

Patria-potestad.—Es rigorosa y ámplia; el padre tiene derecho de matar á sus hijos y de venderlos.

Derecho de las cosas.—La acepcion primitiva de la palabra

cosa era tan lata que áun se comprendian en ella los hijos y los esclavos; más tarde se limitó su significacion, oponiéndose al derecho de las personas.

Derecho de propiedad.—La primera forma de propiedad es la territorial. Era en los primeros tiempos de este período exclusiva de los patricios, quienes la adquirieron mediante la distribucion y venta de una parte del *ager publicus*; pagaban por su disfrute una reducida pension al Estado, pudiendo disponer de una parte de su propiedad por herencia. Servio Tulio extendió este derecho á los plebeyos cuando entraron á formar parte del ejército. La forma externa y material de este derecho es la *manus (manu capere*, ó sea coger la tierra con la mano). El modo más comun de adquirirlo es la conquista. De aquí nace la diferencia entre las *res mancipi* y las *nec mancipi*, en cuanto únicamente las primeras podian ser adquiridas por la mancipacion, ó sea la venta quiritaria solemne *per æs et libram* ante el pueblo ó su representacion y por la prescripcion de largo tiempo ó *usucapio*, en cuya categoría se contaban los fundos itálicos, los instrumentos agrícolas y ciertos animales, y las segundas, *nec mancipi*, ó sean todas las restantes no comprendidas en el corto número de las *mancipi*, se adquirian trasmitiendo la mera posesion. Sin embargo, unas y otras podian ser objeto de la propiedad *ex jure quiritium*, garantida por el Estado y que se hacia respetar contra cualquier usurpador por medio de la *rei vindicatio*.

Derecho de las obligaciones.—Hállase poco desarrollado en este período. El mútuo consentimiento no engendra obligacion; es menester, para que ella exista, el juramento ó la entrega material de la cosa (*re contrahitur obligatio.*) Los contratos conocidos eran, para el comercio interior, la *permuta*, la *compraventa*, en la cual se pesaba la moneda, y el *préstamo*, cuyo interés era la duodécima parte del capital; y para el comercio exterior vemos el *mútuo* que preparó la introduccion del *jus gentium*, particularmente en las relaciones mercantiles existentes entre Roma y las ciudades de Cartago y Cares. En esta época es personal la garantía para el cumplimiento de las obligaciones, desconociéndose la real ó hipotecaria; por esto vemos aceptada la esclavitud por deudas.

Derecho de sucesion.—Se conocen dos modos de sucesion: por testamento y por la ley. El primero es propio de los plebeyos, el segundo de los patricios. El testamento se otorgaba ante los *comitiis calatiis* y *curiatiis* y ante el ejército *in procinctu.*

Derecho penal.—El Estado castigaba los delitos públicos; los demás se penaban con la composicion, la multa, la satisfaccion al ofendido y pérdida de la libertad.

Derecho de procedimientos.—La accion real se entablaba depositando cada uno de los litigantes una suma *(sacramentum)*, para el caso de que perdiera el litigio y que recibia el sacerdote, destinándola á oblaciones públicas á los dioses. Si el que resultaba condenado á pagar una cantidad dejaba transcurrir treinta dias sin cumplir la sentencia, se procedia contra él por un medio ejecutivo que consistia en la *manus injectio* (*actio legis*), por la cual era entregado al acreedor, que lo retenia como esclavo si no se presentaba fiador durante un plazo de sesenta dias; y si transcurridos estos y presentado tres veces al mercado no habia comprador para él, podia el acreedor matarlo ó venderlo junto con sus hijos y bienes á los extranjeros (*trans Tiberim.*)

SEGUNDO PERÍODO.

DESDE LA CAIDA DE LA MONARQUIA HASTA EL ESTABLECIMIENTO DEL IMPERIO.

§ 9

Acontecimientos políticos.—Expulsados de Roma los Tarquinos tuvo lugar un cambio en el régimen político, sustituyéndose la forma republicana á la monarquía. Ejercieron el poder dos Magistrados llamados *cónsules*, al principio del órden patricio, elegidos por los comicios centuriados, y cuyo poder limitaba el Senado. A pesar de este cambio, quedó la plebe sujeta al poder de los patricios que todavia se acrecentó una vez desaparecida la valla del poder real, siguiendo la clase patricia en posesion de todos los cargos públicos y léjos de mejo-

rar la desgraciada suerte de la clase plebeya, sobre la cual pesaba la carga de los tributos y el servicio de las armas, empeoróse, por el contrario, con las contínuas luchas que la obligaban á abandonar sus tierras y á tomar en préstamo cantidades, delo cual resultaba que, no pudiendo restituirlas á tiempo, veíanse los deudores reducidos á la esclavitud. Por esta irritante desigualdad se suscitó entre la plebe y el patriciado la lucha con que se inaugura este período, y cuyo resultado puede resumirse en tres puntos principales: 1º Distribucion de una parte del *ager publicus* que poseian exclusivamente los patricios, á pesar de que los plebeyos habian contribuido á ensancharlo considerablemente por la conquista. 2º La eleccion de magistrados plebeyos en los comicios tributos, sin necesidad de que les confirmasen los comicios curiados. 3º La fijacion del derecho por medio de leyes escritas. Tal es cuanto consiguieron los plebeyos paulatinamente y á costa de tenaces y duraderas luchas.

Estos acontecimientos señalan una division dentro del período que examinamos, cual es, el de la república aristocrática y el de la república democrática; el primero alcanza hasta la publicacion de las XII Tablas; el segundo se inicia con esta publicacion. Del primero hemos hablado sumariamente; del segundo debemos decir, en resúmen, que para lograr la plebe la igualdad civil y política, se propuso destruir uno á uno los privilegios del patriciado, y que, por otra parte, la defensa de éste se limitó á abdicar, una por una, de todas sus prerogativas, buscando siempre la compensacion á cada una de sus derrotas. Esta es la clave de todas las vicisitudes políticas que distinguen este período.

Se inicia la república democrática á la publicacion de las XII Tablas y de la ley Hortensia, que dió carácter y fuerza obligatoria á las decisiones de la plebe. Despues de estas leyes, fueron conquistando los plebeyos poco á poco los privilegios del patriciado; en 309 consiguieron, por obra del tribuno Canuleyo, el *connubium* con los patricios; en 310 obtuvieron el tribunado militar que les abria el paso para llegar al consulado; en 387 alcanzaron, por mediacion del tribuno Licinio Stolon, la concurrencia en el reparto del *ager publicus*, la abo-

licion de la esclavitud por deudas, y por último, el consulado Quedaron todavia en manos de los patricios la censura y la pretura, pero fueron tambien conquistadas por los plebeyos, coronándose la série de sus victorias con la admision en el cargo de Pontífice Máximo, en el año 502.

§ 10.

Organizacion política.—Estado civil de las personas.—Apesar de la igualdad civil y política entre patricios y plebeyos, los ciudadanos se dividieron en dos clases; *cives optimo jure*, si gozaban en toda su plenitud de todos los derechos civiles y políticos, y *cives minuto jure*, si estaban privados de alguno, lo cual acontecia con los expulsados de las tribus por el censor, con los libertinos y con los habitantes de los municipios incorporados á Roma. Habia tambien dos categorías sociales: los nobles y los *equites* ó caballeros; aquellos son descendientes de los que han ejercido los altos cargos del Estado; y estos, los ciudadanos cuatro veces más ricos que los comprendidos en la primera clase de las establecidas por Servio Tulio. Eran la parte más escogida de la aristocracia; en los últimos tiempos, sin embargo, constituyeron la clasé media de la República.

§ 11.

Organizacion de los poderes.—Magistraturas romanas.—Dividíanse las magistraturas en *patricias* y *plebeyas*, segun que la jurisdiccion por ellas atribuida se extendiese á todo el pueblo ó solamente á la plebe. Más adelante desapareció esta distincion. Eran curules y no curules, segun tuviesen ó no el derecho al uso de la silla curul;—mayores y menores, segun fuesen ó no elegidos en los comicios por centurias; ordinarias y extraordinarias, segun que sus atribuciones fuesen permanentes y contínuas ó transitorias y accidentales;—*cum imperium* y *sine imperium*, segun tuviesen ó no inherente la suprema potestad militar, el derecho al triunfo, la jurisdiccion civil y militar y la facultad de convocar los comicios y de consultar al Senado.

Facultades comunes á todas las magistraturas.— El *jus edicendi*, derecho de dirigirse por escrito al pueblo; el *jus contione habendi,* derecho de hablar al pueblo; el *jus multæ dictioni;* derecho de imponer multas dentro de ciertos límites. Los Magistrados del órden patricio tenian, además, el *jus auspiciarum*, ó sea el derecho de consultar los auspicios. El ejercicio de las magistraturas atribuia dignidad á los ciudadanos.

Capacidad para el desempeño de las magistraturas.—Se requiere la cualidad de ciudadano romano, libre, hijo de padres ingénuos y haber servido diez años en el ejército. Los que aspiraban á cualquiera de las magistraturas presentábanse, vistiendo túnica blanca (*candidata*), ante el pueblo solicitando los sufragios.

§ 12.

Diversas magistraturas.—Cónsules.—Eran dos elegidos por los comicios centuriados, y que desempeñaban por espacio de dos años el cargo, cuyas atribuciones consistian en presidir los comicios y el Senado, proponiendo la decision de asuntos de su competencia; ejercer el poder ejecutivo, en cuyo concepto velaban por el cumplimiento de las leyes; eran jefes de los ejércitos y disponian de los fondos del Erario.

Pretores.—Cargo anual que se conferia por eleccion de los comicios centuriados. En los primeros tiempos sólo se nombró *un* pretor; más adelante hubo de crearse otro para los negocios de los extranjeros (*pretor peregrinus*), aumentando, por fin, el número hasta diez y seis. Es una magistratura judicial, cuya jurisdiccion se extendia á todos los negocios civiles, siendo sus principales fines velar por la observancia del Derecho, suplir sus vacíos ó deficiencias y modificarlo con arreglo á la equidad, todo lo cual realizaban los pretores por medio de los edictos (*edicta*).

Censores.—Tenian por especial mision la de formar el censo ó estadística de la riqueza de los ciudadanos; el ejercicio de este cargo duraba cinco años; eran dos los nombrados y tenian la facultad de distribuir en tribus, clases y centurias á los ciudadanos segun su patrimonio, pudiendo modificar las

categorías, y desempeñando, además, la policía de las costumbres, en la alta esfera de la direccion gubernativa.

Tribunos militares.—Magistrados que desempeñaban las funciones consulares durante la ausencia de los cónsules. Esta magistratura fué pronto abolida.

Tribunos de la plebe.—Son los representantes del pueblo elegidos en los comicios centuriados; fueron primero cinco y últimamente diez. Les competia la convocacion de los comicios por centurias y la interposicion del *veto* para impedir que se sancionen leyes desfavorables al pueblo.

Ediles.—Son auxiliares de otras magistraturas, y á ellos estaba confiada especialmente la policia de la ciudad, los espectáculos, las subsistencias, los mercados, etc.

Cuestores.—Estaban encargados de la recaudacion y administracion de los fondos del Estado.

§ 13.

Senado.—Asamblea ó corporacion formada por ciudadanos pertenecientes á la clase de los caballeros, designados en un principio por los cónsules y más adelante por los censores al ordenar el censo. Su número primitivo de trescientos se aumentó hasta quinientos. Eran convocados por los cónsules, y sus acuerdos, tomados por mayoría de votos, adquirieron fuerza obligatoria, llamándose *senatus-consultus*, así como se llamaban *senatus-auctoritas* cuando carecian de ella. Son sus atribuciones: iniciar las leyes, disponer y declarar la guerra, arbitrar recursos para sostenerla, celebrar tratados de paz, fijando sus condiciones, y ejercer la alta inspeccion en el órden religioso. Estas atribuciones solian ser más ó ménos ámplias y absolutas, segun preponderaban en la gobernacion de la república, los patricios ó los plebeyos; pero hácia los fines de este período acabó el Senado por convertirse en dócil instrumento del dictador ó de los triumviros, llegando por este camino á su propia anulacion.

Comicios.—Subsiste su division en centuriados y por tríbus; pero establécese una nueva division del territorio romano en treinta y cinco tríbus y cada tríbu en diez centurias. El nú-

mero de éstas es de 350, á las cuales deben agregarse 18 que formaban los caballeros y 2 de músicos, componiendo un total de 373 centurias.

Curiados.—Perdieron casi todas las atribuciones que durante el anterior período les correspondieron, conservando la facultad de otorgar la arrogacion y la adopcion y la de admitir al patriciado á los plebeyos y extranjeros, merced á que no perdieron su carácter primitivo, eminentemente aristocrático.

Comicios por tríbus.—Son los que ofrecen mayor importancia; constituyen la Asamblea popular, convocada y presidida por los tribunos, con independencia de toda otra magistratura. Sus decretos, que al principio solamente obligaban á la plebe, adquirieron más tarde carácter general obligatorio. Estos comicios formaban las leyes, elegian los magistrados, decretaban la guerra y conocian de los delitos públicos, ejerciendo algunas atribuciones que ántes fueron propias del Senado. Tambien, como éste, se resintió el prestigio y el poder de los comicios de las alternativas de la política, segun preponderaba la influencia de los patricios ó de los plebeyos; pero en los últimos tiempos de la República, sometida la plebe al dictador, se convirtieron los comicios en instrumentos del poder dictatorial, contribuyendo tambien con su decadencia al encumbramiento del Imperio.

§ 14.

Las provincias.—Eran los territorios sujetos á la dominacion romana, y cuya organizacion se fijaba por un decreto del Senado. Fueron gobernadas primeramente por los pretores; despues por los procónsules y propretores, con atribuciones extensas que alcanzaban á la administracion civil y económica y á la jurisdiccion civil y criminal. El suelo provincial era repartido, correspondiendo la propiedad de una porcion al Estado, que á su vez la concedia á los ciudadamos mediante el pago de un cánon, y lo restante á los habitantes indígenas. Dos clases de tributos pagaban las provincias: unos ordinarios, otros extraordinarios; los primeros pesaban sobre las personas y bienes; los segundos eran los que imponia el pretor.

§ 15.

Relaciones de la República con los pueblos de Italia ántes de la ley Julia.—Roma se alió con los latinos miéntras no tuvo fuerza bastante para sojuzgarlos; mas al sentirse con alientos para tal empresa, se apoderó de la ciudad de Alba, capital de la federacion de las ciudades latinas, conquistando entónces absoluta supremacía. Esta federacion, sin embargo, se habia quebrantado y reanudado varias veces, hasta que en 338 todos los pueblos latinos quedaron sometidos á la República, y en esta nueva situacion organizáronse los países conquistados, distinguiéndose las ciudades por su diversa condicion jurídica en cuatro clases: los *municipios*, las *colonias romanas*, las *ciudades confederadas* y las *colonias latinas*.

Municipios.—Eran los pueblos que gozaban de los derechos de la ciudadanía romana, mediante el pago de un tributo á Roma. Algunos gozaban del *jus sufragium.*

Colonias romanas.—Estaban formadas por una agrupacion de familias romanas que pasaban á residir en territorios conquistados por la metrópoli. Su organizacion se asemejaba á la de esta última.

Ciudades confederadas.—Eran las ciudades autónomas que, anticipándose á la probabilidad de ser objeto de conquista, pactaban con Roma su independencia y conservaban amistad á cambio de ciertas prestaciones.

Colonias latinas.—Se hallaban constituidas por familias latinas que gozaban de cierta independencia y del *jus commercium* y *jus connubium* con los romanos, pudiendo aspirar á la ciudadanía.

Relaciones de la República con los pueblos latinos despues de la ley Julia.—En virtud de esta ley equipiparáronse los latinos con los romanos en lo referente á derechos políticos; se romanizaron, pues, las colonias latinas, conservando su independencia, que se manifiesta por el derecho de tener asambleas y magistrados propios, aunque sometidos á Roma.

§ 16.

Fuentes del Derecho durante la República. — 1ª *Leyes de las XII Tablas.*—Con este nombre se conoce una compilacion del derecho primitivo consuetudinario. Es debida á la lucha por la igualdad que sostenian patricios y plebeyos, reclamando éstos que el derecho fuese igual para todos y de todos conocido. Encomendóse la redaccion á diez magistrados, creados á este propósito, que se llamaron *decemviri*, á quienes se confirió tambien, durante el ejercicio de su comision, el gobierno de la República. No cumplieron su tarea los primeramente nombrados, trascurrido el plazo que para ello se les fijó, eligiéndose otros que dieron fin á la obra empezada por los primeros.

Contenido.—Son estas leyes expresion del derecho primitivo consuetudinario con escasas reglas tomadas de legislaciones extranjeras referentes al derecho religioso, público, privado, penal y de procedimientos. Sus disposiciones más notables son, en órden al derecho público, la que conferia á los comicios centuriados la imposicion de la pena capital y la apelacion al pueblo de las sentencias dictadas por los magistrados, y en órden al derecho privado, las referentes á la patria potestad, derechos sobre los bienes, de agnacion, gentilidad y patronato, prohibicion del *connubium* entre patricios y plebeyos, y la que fijaba el interés del dinero.

Juicio crítico.—Puede decirse de este código que señala el punto de partida á la elaboracion y desenvolvimiento del derecho privado al separarlo del derecho público y sacro, en el que hasta entónces aquel se habia confundido, siendo la base del edificio jurídico sobre el mismo levantada y que subsiste á través de los siglos. Los ejemplares más notables de este código son el de Godefroi, publicado á principios del siglo XVII, el de Dirksen en 1824, y el de Schoell, que es de presumir contengan con mayor fidelidad el texto primitivo.

2ª *Leyes.*—Algunos autores dan este nombre á los *populus-cita*, á los *plebiscita* y á los *senatus-consultus*. Creemos que puede tomarse la palabra en sentido lato y en sentido estric-

to; en este último entiéndese por *leyes* los acuerdos tomados por los comicios centuriados, á convocatoria de los magistrados, mediante votacion solemne. Aprobada la ley, se redactaba por un magistrado y constaba de tres partes: primera, el preámbulo; segunda, la rogacion ó texto dispositivo, y tercera, la sancion ó penas imponibles á los infractores. Si contenia la declaracion de nulidad de los actos contrarios á sus prescripciones, llamábase perfecta; si faltaba esta cláusula y dependia la nulidad de la declaracion del magistrado, imperfecta.

Plebiscitos.—Son las leyes que forma el pueblo reunido en los comicios por tríbus. Por la ley Hortensia quedaron igualados á la *populuscita.*

Senado-consultos.—No tuvo el Senado facultad para legislar en materias de derecho privado, pero de un modo indirecto su autoridad influyó en gran manera sobre esta rama del derecho, en cuanto tenia la iniciativa de las leyes, las recomendaba á los comicios, y las que votaban éstos podia anularlas por defectos de forma.

Edictos de los Magistrados.—Escasa importancia tuvo esta fuente del derecho durante el período que examinamos; miéntras estuvo en vigor el procedimiento de las acciones de la ley; pero cuando fué sustituido por el sistema formulario, aumentáronse las atribuciones de los magistrados, y en la fórmula que redactaban concedian acciones no establecidas por el derecho civil, modificándole. Valíanse tambien de ficciones, apoyadas en la analogía de los casos; inventaron las excepciones, medios que contrarrestan las acciones civiles, y establecieron nuevas reglas de derecho en los edictos. Es el más importante de todos el del pretor, que se sostenia tanto tiempo como duraba el ejercicio del cargo, pero que podia recibir y aceptar el magistrado que sucedia en él, haciendo suyo aquel conjunto de reglas establecidas para el desempeño de dicha magistratura. El *edicto* del pretor peregrino, funcionario encargado de administrar justicia entre los extranjeros y entre romanos y extranjeros, fué el que más contribuyó á la perfeccion del derecho civil romano, porque en sus decisiones aplicaba la equidad, por no gozar los contendientes del dere-

cho especial de Roma. Por la influencia del *pretor peregrinus* fué introduciéndose el *jus gentium*, que corrigió, sin mutilarlo, el derecho civil, y le despojó de su rudeza é injusticia primitivas.—Las reglas de derecho que se consignaban en los edictos de los magistrados y especialmente en el edicto pretorio, formaron un cuerpo legal que recibió el nombre de *derecho honorario* para distinguirlo del *civil.*

Jurisconsultos.—La notable influencia que ejercieron en la elaboracion del derecho, iniciada en este período y que llega en el siguiente á su apogeo, debióse á que interpretaban las reglas del derecho, fijando su verdadero espíritu al aplicarlas á casos no previstos en aquellas. De cuatro distintos modos ejercieron esta influencia: en sus respuestas (*respondere*), en sus advertencias (*cadere*), en sus defensas (*agere*) y en sus dictámenes (*scribere*). La profesion de jurisconsulto era entónces libre; los que se proponian consagrarse á ella acompañaban á los legistas más famosos, instruyéndose á su lado en la práctica del foro. Florecieron en esta época Apio Claudio, Porcio, Caton, Cornelio Scipion, Julio Bruto, Manlio, Q. M. Scévola y otros.

El Derecho contenido en las fuentes citadas constituia la ley especial del pueblo romano, llamado *jus civile*, comprensivo del derecho público y del derecho privado, en oposicion al *jus gentium* y al de otros pueblos.

Formas de este derecho.—Son dos importantes, y que comprenden casi todas las fuentes citadas: *ley escrita* y *no escrita;* en la primera se incluyen las leyes propiamente dichas ó *lex populi*, los plebiscitos, senado-consultos y edictos de los magistrados; en la *no escrita* las respuestas de los jurisconsultos, y, cómo en el período primero, el Derecho consuetudinario.

Instituciones notables de este período.—Respecto al *derecho de las personas* notamos un cambio en el modo de considerar á los extranjeros, de modo que en vez de ser tenidos por enemigos (*hostis*), pasan á ser súbditos de la República con derechos diferentes, contribuyendo al prestigio de la ciudadanía romana.

Matrimonio.—Nada debemos apuntar tocante á esta institucion, considerada en su aspecto jurídico; pero sí es preciso

recordar que la corrupcion y la inmoralidad invadieron la esfera de la sociedad conyugal, y que no fueron poderosos á corregirla cuantos esfuerzos se intentaron y cuantas leyes se dieron á este objeto, cómo el S. C. *Marcianum*, la ley *Oppia* y la ley *Voconia*, inútiles para contener la relajacion de la familia romana.

Derecho de las cosas.—En este período aparece una nueva clase de propiedad, llamada *bonitaria*, protegida por la accion *publiciana* y que nace de una usucapion ficticia.

Derecho de las obligaciones.—Notable progreso hallamos en esta rama del Derecho. A consecuencia del creciente aumento del tráfico, aparecieron dos nuevas formas de constituir obligaciones: las palabras solemnes (*stipulatio*) y la escritura (*litteris*) por medio de las *transcriptitia nomina*; como se inicia tambien la tendencia á reconocer fuerza obligatoria á los compromisos contraidos mediante el sólo consentimiento. Los intereses del préstamo se redujeron al seis por ciento; establécese el crédito real por medio de la prenda y de la hipoteca, y mejora la condicion del deudor, que salva su libertad cediendo sus bienes á los acreedores.

Derecho de sucesion.—Dos modificaciones notables debemos mencionar con relacion á este período; consiste la primera en la introduccion, que hizo el pretor, de un sistema completo de sucesion llamado *bonorum possessio* para corregir las injusticias que producia la aplicacion del derecho estricto; y la segunda, tuvo por objeto limitar la libertad del padre de familia por la institucion de los herederos necesarios.

Derecho de procedimientos.—Habia dos clases de juicios; el ordinario y el extraordinario; en el primero hay dos grados, el procedimiento *in jure* y el *in judicio*. El primero tenia lugar cuando, siendo claros y evidentes los hechos, el pretor desechaba la demanda; y el segundo, cuando aquellos se presentaban dudosos, en cuyo caso remitia á las partes al *judex* con una fórmula en la cual señalaba el punto de derecho, la cuestion concreta que le correspondia resolver. En el procedimiento extraordinario el pretor resolvia por sí mismo, y desde luego, la cuestion legal que se le habia propuesto. Por último, la ley *Ebutia* estableció el sistema formulario para todos los ca-

sos. Respecto á lo criminal, constituyéronse tribunales permanentes.

PERÍODO TERCERO.

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO BAJO LOS EMPERADORES PAGANOS.

§ 17.

Vicisitudes políticas.—La más importante de todas, como que las demás están en ella comprendidas, es la trasformacion de la República en Imperio, no como han dicho algunos autores, por una usurpacion de todas las magistraturas que hiciese Augusto, sino al contrario, llevada á cabo en cumplimiento del órden constitucional y en oposicion á la dictadura y el triumvirato, que habian perturbado el órden del Estado. No consistió en otra cosa que en compartir el gobierno de la República entre el Senado y un Magistrado supremo y vitalicio, investido de poderes extraordinarios.

§ 18.

Estado civil y político de las personas.—Los habitantes de los países componentes el Imperio, se distinguian en ciudadanos, latinos y peregrinos. Eran *ciudadanos* los habitantes de Italia, de los municipios y de las colonias de las provincias, y los provinciales á quienes se habia hecho concesion de la ciudadanía.

Latinos.—Eran los habitantes de aquellos pueblos los cuales se habia concedido como privilegio el goce del *jus latii* de los tiempos antiguos.

Peregrinos.—Llámanse así los demás súbditos del Imperio que no gozaban de ninguno de estos derechos.

Desaparecieron estas distinciones en el siglo III de la era cristiana, cuando el decreto de Caracalla concedió el derecho de ciudadanía á todos los súbditos del Imperio.

Libertinos.—Los hay de tres clases: unos que gozaban de

los derechos de la ciudadanía romana, excepto el *jus honorum* y el *connubium* con personas del órden senatorial, á no ser que el Emperador los elevase al órden de los caballeros. Otros quedaban en la condicion de latinos, y otros, por fin, en la de peregrinosin poder adquirir la ciudadanía. Subsisten las antiguas clases, bien que reducido el patriciado, adquiriendo gran importancia en esta época el órden senatorial y el de los caballeros.

§ 19.

Organizacion política.—Funcionarios del Imperio.—El Emperador.—El poder imperial hallábase constituido por la suma de atribuciones de las distintas magistraturas de la República, reunidas en mano del Emperador. Era éste, pues, jefe del ejército, imperator, gobernador de todas las provincias (*imperium pro consulare*), presidia la formacion del censo, convocaba el Senado y el pueblo, era pontífice Máximo, legislaba por medio de edictos y rescriptos, y conocia en apelacion de las sentencias dadas por los magistrados de la República en Roma y en las provincias.

Consilium Principis.—Era una institucion puramente consultiva, creada por Augusto y constituida por los titulares de todas las magistraturas y de quince, más tarde veinte senadores designados por la suerte. Adriano cambió su organizacion, nombrando para consejeros suyos á personas de su confianza. Eran sus atribuciones: asesorar al Emperador en los negocios políticos y judiciales que sometia á su dictámen. Adquirió grande importancia, teniendo fuerza de ley los acuerdos tomados por este consejo cuando lo presidia el Emperador.

Prefectus pretorii.—Era el jefe de la guardia personal del Emperador, creada por Augusto. Si bien tenia en los primeros tiempos escasas atribuciones, despues las adquirió sin límites, ejerciendo muchas de las imperiales por delegacion del Emperador y acabando por sobreponerse á las veces á su autoridad, siendo verdadero árbitro del poder.

Prefectus urbi.—Era el jefe de las cuatro *cohortes urbanæ*, cuerpo de seguridad pública, establecido por Augusto y en-

cargado de velar por el órden y por la seguridad personal, y más generalmente de la administracion de la ciudad. Conocia en primera instancia de todos los delitos cometidos en Roma y á cien millas alrededor.

Prefectus vigilium.—Jefe de las siete cohortes que velaban por la conservacion del órden material en la ciudad.

Prefectus annone.—Estaba encargado de la distribucion del trigo entre los ciudadanos pobres.

§ 20.

Suerte de las magistraturas republicanas bajo el Imperio.—Subsistieron las magistraturas republicanas pero sólo nominalmente, porque sus atribuciones respectivas pasaron á manos del Emperador, quien conferia aquellas á sus amigos como cargos puramente honoríficos. Así aconteció con el consulado y con la pretura, bien que esta última conservó alguna de sus antiguas atribuciones, especialmente su jurisdiccion, aunque limitada, sobre los negocios civiles; así sucedió tambien con la censura, con el tribunado, ejercido sólo por senadores y segun los deseos y propósitos del Emperador, y con las restantes magistraturas ya mencionadas en la reseña del período precedente.

El Senado.—Augusto se propuso restaurar el prestigio de esta institucion, decaido durante la República, para convertirla en apoyo firmísimo del Imperio. A este objeto se reservó la eleccion de los senadores, redujo su número á setecientos, señaló la edad de 25 años y exigió una fortuna imponible de un millon de sextercios para obtener este cargo. El Senado era convocado y presidido por el Emperador, y debia reunirse dos veces al mes; la asistencia era obligatoria bajo pena de multa. Los acuerdos se tomaban por mayoría, formada distintamente segun la importancia de los asuntos. Sus atribuciones fueron más extensas que en el período anterior, porque pasaron al Senado gran parte de las que habian sido propias de los comicios. Además de la administracion del Estado y de la direccion de las relaciones internacionales, ejercia la inspeccion del culto y de la Hacienda, el gobierno de las provincias lla-

madas *senatoriales* y las atribuciones legislativas y judiciales de los comicios; elegia y deponia al Emperador y era el alto tribunal que conocia y fallaba en cierta clase de delitos, tales como el de lesa nacion, el de lesa majestad y los cometidos por los senadores.

Comicios.—Perdieron todas sus atribuciones por haberlos despojado de ellas paulatinamente César, Augusto y Tiberio; y si bien votaban los magistrados, era en virtud de proposicion hecha por el Senado. Desde el siglo III perdieron aún esta última atribucion y acabaron por no reunirse siquiera.

§ 21.

Gobierno de Italia y de las provincias.—Augusto dividió el territorio de la Península en doce regiones gobernadas por cuestores, formando una de ellas la ciudad de Roma. Adriano lo dividió en cuatro grandes jurisdicciones, miéntras que Marco Aurelio reprodujo la division de las antiguas nacionalidades, gobernadas por delegados del Emperador (*curator*). Subsisten los municipios, pero el Emperador tenia en cada ciudad un delegado; además existe el consejo municipal compuesto de cien individuos llamados decuriones, cargo vitalicio, para el cual se requiere la posesion de una determinada fortuna. Entendia de todos los asuntos concernientes al municipio que tuviesen alguna importancia. La Hacienda municipal estaba confiada á los cuestores, bajo la inspeccion del curador, y procedian los ingresos del arriendo de los bienes comunales. Los habitantes del municipio se distinguian en *ciudadanos*, sujetos á todas las cargas y partícipes en todos los derechos, y los *domiciliados*, que pagaban como aquéllos los tributos, pero sin opcion al desempeño de los oficios públicos.

Provincias.—Augusto dividió el territorio del Imperio en doce provincias imperiales y diez senatoriales. Diocleciano lo dividió en cuatro *prefecturas*: Oriente, Iliria, Italia y las Galias, subdividiéndolas en *diócesis* y éstas en *provincias*. Gobernaban las primeras los *prefectos del pretorio*, las segundas los *vicarios* y las terceras los *rectores*.

Provincias senatoriales.—Los gobernadores de las provin-

cias senatoriales se llamaban *procónsules*, cargo que tenia igual duracion que el de los cónsules (un año), y cuya eleccion se hacia en la misma forma. La gestion financiera estaba encomendada en las provincias á los *cuestores*, bajo la inspeccion de los *procuratores* delegados por el Emperador.

Provincias imperiales.—Estaban gobernadas por *legados* elegidos por el Emperador, y ejercian el cargo tanto tiempo como duraba la voluntad y la confianza del delegante. Desempeñaban la administracion financiera los *procuratores.*

Las atribuciones de los gobernadores de las provincias, así en las imperiales como en las senatoriales, eran escasas; limitábanse á cumplir los mandatos é instrucciones que recibian del Emperador. Hasta el decreto de Caracalla hubo en las provincias variedad y desigualdad en el derecho, y en cuanto á la dispensacion de justicia, en lo civil y en lo criminal se ejercia por el *presidente*, á cuyo efecto se dividia el territorio de la provincia en distritos llamados *conventi juridici*, donde residia el tribunal.

Subsisten las distinciones entre las ciudades, segun explicamos en el período anterior, y aunque sus derechos eran diferentes, nótase la tendencia á la uniformidad, mediante la concesion á título de privilegio, del *jus latii* ó del *jus italicum* que solian hacer los Emperadores.

§ 22.

Fuentes del Derecho en general.—Son formas externas del Derecho en este período: la costumbre (derecho no escrito), las leyes, los senado-consultos, las constituciones imperiales, los edictos de los magistrados y las respuestas y sentencias de los jurisconsultos (derecho escrito). Las más importantes fueron los senado-consultos, por haberse vinculado en la Asamblea senatorial todas las atribuciones legislativas de las asambleas populares; las Constituciones imperiales, por su emanacion auténtica de la voluntad del soberano, y las respuestas de los jurisconsultos, por el prestigio y la autoridad de que gozaban y el esplendor á que llegaba la cultura del derecho en esta época. Las tres mencionadas fuentes legislativas tienen

carácter general, y sus disposiciones son para todos obligatorias.

Leyes.—Los comicios se reunieron durante los primeros siglos del Imperio, bien que votasen solamente las leyes que proponia el Emperador.

Senado-consultos.—Aunque durante los primeros tiempos del Imperio se limitasen á autorizar las rogaciones que se dirigian á los comicios, más adelante sus acuerdos tuvieron fuerza de leyes y no necesitaban la confirmacion de las asambleas populares. Desde Caracalla dejan de ser fuente de Derecho civil.

Constituciones imperiales.—Los Emperadores gozaban de la facultad de legislar, por habérsela conferido el pueblo por la ley *del imperio* y por ser esta facultad inherente á las magistraturas *majores* que el emperador llegó á concentrar en su persona, siendo, por consiguiente, múltiple y extenso este poder legislativo. Por su forma se distinguen estas Constituciones en

Edictos (*edicta*), preceptos jurídicos que promulgaba en uso de sus elevadas facultades, como investido del *jus edicendi*;

Mandatos (*mandata*) ó instrucciones que el Emperador daba á sus delegados, con relacion al desempeño de sus cargos, á la gobernacion de las provincias y á la administracion de la justicia civil y criminal;

Decretos ó decisiones del príncipe en virtud de la jurisdiccion que tenia en comun con los demás magistrados, ya oponiéndose á lo que hubiesen estos decidido, ya resolviendo en apelacion sobre asuntos fallados por aquellos, ó por último, decidiendo personalmente ó por magistrados en quienes delegase, los negocios directamente sometidos á su autoridad;

Rescriptos ó contestaciones dadas á las consultas que le dirigian los funcionarios del Imperio. Los expedidos en forma de carta llamábanse *epístolæ*; si continuaba la respuesta al pié de la consulta se llamaban *suscriptiones*.

Empeñada la crítica histórica en determinar la fuerza y extension obligatoria de estas dos fuentes de Derecho, y á pesar de haber sostenido algunos que obligaban solo á las personas á quienes se dirigian, opina el mayor número y parece lo más cierto, como lo dan á entender Gayo y Ulpiano, que tuvieron

fuerza obligatoria general, á ménos que dispusiera el Emperador que solo tuviesen aplicacion al caso concreto que los hubiese provocado, llamándose entónces *rescripta personalia*, en oposicion á los otros, llamados *rescripta generalia*. En caso de duda respecto al carácter y fuerza obligatoria de los decretos y rescriptos, la interpretacion hecha por los jurisconsultos la determinaba, dependiendo de estos, en tales casos, la fuerza, validez y sentido de los mismos.

Edictos de los magistrados.—Los que gozaban del *jus edicendi*, como los pretores, ediles y gobernadores de las provincias, continuaron dando edictos; pero cuando el Imperio llegó á reunir la suma de todos los poderes y el Emperador dejó de ocultar su verdadero carácter con el nombre de *Príncipe del Senado*, no pudo consentir que aquellos continuasen ejerciendo dicha facultad y por este motivo, si no de derecho, al ménos de hecho, dejaron de ser fuentes legislativas aquellas magistraturas, acabando por extinguirse completamente en tiempo de Adriano, quien mandó compilar todos los edictos hasta entónces publicados en el que se llamó *Edicto perpétuo*, formado por el jurisconsulto Salvio Juliano.—Reuniéronse tambien los emanados de los gobernadores de las provincias, formando el *Edicto provincial*.

Respuestas de los jurisconsultos.—Iniciada esta fuente de Derecho en el período anterior, adquiere su más alta importancia en el presente, por haberse reconocido fuerza de ley á las opiniones de algunos jurisconsultos, contenidas en sus respuestas, por las cuales venian á estatuir reglas jurídicas de general aplicacion. La preeminencia de esta fuente data del tiempo de Augusto, que concedió á ciertos jurisconsultos el *jus publice respondendi*, en virtud de cuya especial facultad sus opiniones prevalecian ante los tribunales con preferencia á las de aquellos otros jurisconsultos que no gozaban de igual privilegio. Niegan algunos que dichas opiniones tuviesen fuerza obligatoria para los juzgadores, de suerte que debiesen acomodarse á ellas en todo caso; pero generalmente se admite lo contrario.—Adriano reconoció tambien fuerza de ley á las opiniones de los jurisconsultos eminentes: si estaban conformes, el juez debia someterse á ellas; en caso de discrepancia podia escoger y resolverse por la que creyese más acertada.

En este período alcanza su apogeo el cultivo de la ciencia del derecho y no en vano se dice ser esta su *edad de oro*, pues en ningun otro tiempo se ofrece tan pronunciada la actividad de los jurisconsultos ni tan alto su personal prestigio; forman parte del Consejo del Emperador y gozan del *jus respondendi*, separándose en ellos el ejercicio de las tareas forenses del estudio y solucion de los profundos problemas jurídicos. Tambien se consagraban á la enseñanza del Derecho, la cual se practicaba en dos grados: 1º *Institutio* ó enseñanza teórica preparatoria; y 2º *Auditio*, de dónde se llamaban los discípulos *auditores*, siendo esta la enseñanza práctica por la que se adiestraban los jóvenes en el despacho de los negocios, en las consultas verbales y en los ejercicios del Foro. Datan de esta época las obras elementales de derecho que se llaman Instituciones, destinadas á la educacion jurídica de la juventud.

Fueron maestros y jurisconsultos notables: *Antistio Labeón*, *Macurio*, *Sabino*, *Cassio*, *Nerva* (hijo), *Javoleno Prisco*, *Juliano*, *Vindio*, *Gayo*, *Marciano*, *Q. Cervidio Scévola*, *Claudio Tryfoniano*, *Ulpiano*, *Paulo*, *Calistrato*, *Venuleyo*, *Florentino*, *Marciano* y otros.

Formas del Derecho.—Siguen siendo las mismas del período anterior, debiendo añadirse á las escritas las respuestas de los magistrados.

Instituciones notables de este período.—Derecho de las personas.—El cambio más importante que advertimos en él, y que ya hemos indicado en otro lugar, es la concesion de la ciudadanía romana á todos los súbditos del Imperio. La esclavitud subsiste, bien que modificada favorablemente á los esclavos por varias leyes imperiales, y aunque algunas disposiciones tendian á dificultar la manumision, continuó verificándose con mucha frecuencia.

Derecho de familia.—La disolvente inmoralidad que, segun advertimos del período anterior, se presentaba en el seno de la familia romana, fué atajada en parte por las leyes *Julia* y *Papia Poppæa*, pero todavía subsiste un foco de corrupcion, cual es el reconocimiento legal del concubinato. En punto á las relaciones conyugales, notamos cierta independencia entre el marido y la mujer, saliendo ésta de la absorcion en que durante el período anterior venia á parar al contraer matrimo-

nio, y delineándose, bien que sea en mero boceto, su personalidad en el cuadro de la familia cuando le fué reconocido el derecho de propiedad y el ejercicio de la tutela. Suavízase la patria potestad, prohibiéndose á los padres imponer duros castigos ó dar la muerte á sus hijos, por más que no desaparezca la exposicion ni otras facultades abusivas, por sobrado rigorosas, que sólo el cristianismo llegó á destruir.

Derecho de las cosas.—Merced á la influencia en él ejercida por el *jus gentium* progresa notablemente en todos sus detalles y particularidades, bien que no podamos señalar ningun cambio importante y trascendental en alguna de sus principales instituciones.

Derecho de las obligaciones.—Es, á no dudarlo, aquella parte del Derecho en que se observa más creciente progreso, por haber expuesto los principales jurisconsultos las teorías generales de esta rama del derecho, dando por resultado la decadencia y el desuso de las antiguas formas de contraer las obligaciones, por más que subsistieron en el terreno legal.

Derecho de sucesion.—Tampoco en este punto debemos hacer notar ningun cambio fundamental, siendo importante, sin embargo, la introduccion de la *cuarta Falcidia* en favor del heredero, caso de habérsele gravado excesivamente con legados, y la aplicacion de este mismo derecho á los fideicomisos, en virtud del senado-consulto Pegasiano.

Derecho penal.—Se distingue por su severidad y dureza, imponiéndose con frecuencia la pena capital, las de relegacion y deportacion, y á menudo la de confiscacion de bienes.

Subsistió á principios de este período el sistema penal de la época precedente; mas fué reformado por las leyes judiciarias, quedando establecido el sistema inquisitorial.

Derecho de procedimientos.—En este período ejercieron la jurisdiccion civil, además del pretor, el prefecto de la ciudad y el Emperador; de suerte que vinieron á establecerse tres instancias: la inferior, ante los pretores; la intermedia, ante el prefecto, y la superior ó de alzada ante el Emperador, quien conocia y decidia por sí mismo los litigios. Semejante procedimiento, que se llamó extraordinario, extendióse considerablemente, de modo que no fué ya excepcion, sino regla general, definitivamente adoptada en los tiempos de Diocleciano.

PERÍODO CUARTO.

DESDE CONSTANTINO HASTA JUSTINIANO.

§ 23.

Vicisitudes políticas.—Imprimen carácter á este período la decadencia y la trasformacion de los elementos que constituian el organismo de la vida romana en el período anterior. Múltiples causas determinan esta decadencia, que se inicia con el asesinato del Emperador Alejandro Severo; la guardia imperial adquiere tan despótica preponderancia y poder tan absoluto, que, alzada en árbitro del Imperio, concede ó arrebata la púrpura, segun sus mudables antojos; el Senado, ántes constituido por individuos de las primeras familias de Roma, pierde por completo su influencia, por haber perdido su prestigio y sus virtudes cívicas los miembros de que se compone; las invasiones de los bárbaros vencen lentamente la debilitada resistencia de las legiones romanas, obligándolas á retirarse muchas veces, borrándose las antiguas fronteras é iniciándose la formidable irrupcion que debia echar por tierra el ántes coloso imperio, sin que le bastase á recobrar la paz, sino á lo sumo brevísimas treguas, el medio ignominioso de comprarlas con el oro; la extension y desarrollo del Cristianismo, aparecido en el reinado de Tiberio, doctrina que destruia en sus mismos fundamentos aquella decadente y corrompida organizacion social, y que á pesar de verse combatida por los Emperadores conquistaba todos los dias mayor número de prosélitos, acabando por implantar su sagrado símbolo en la corona de los Césares, derribando por tierra el último ídolo del paganismo, ya muerto y desautorizado en la conciencia de sus mismos adeptos; y por último, el poder imperial, única columna que más ó ménos agrietada se mantenia enhiesta en medio del general derrumbamiento, cayó tambien á la postre, contribuyendo á ello los vicios y los excesos de los Emperadores, la corta duracion de su mando, la forma de su proclamacion por las legiones, la facilidad y prontitud con que estas mismas los deponian, y las contínuas lu-

chas que se suscitaban entre los varios caudillos ambiciosos de la púrpura.

Desde los tiempos de Diocleciano, Roma deja de ser, de hecho, la capital del Imperio, por haber fijado este Emperador su residencia en Nicomedia, y Constancio Cloro, á quien asoció á la dignidad imperial, en Milan; hechos que hubieron de influir de una manera especialísima en el Derecho romano, en términos de ser una de las causas que más contribuyeron á darle carácter general, quitándole el sabor local que le habia distinguido.

Es en la época de Constantino cuando aparecen dos hechos tambien notabilísimos, por la grande influencia que tuvieron en el Derecho y son: el triunfo del Cristianismo por el decreto de Milan (315) que le declara religion del Imperio, y la traslacion de la capital á Bizancio (Constantinopla) como residencia más amparada contra las amenazadoras incursiones de los bárbaros y lugar más céntrico del entonces desmembrado territorio del antiguo Imperio. Este habia perdido su unidad política con la institucion, hecha por Diocleciano, de dos Augustos y dos Césares, lugartenientes de aquellos, entre los cuales se repartió el ejercicio del poder supremo. Reorganizó Constantino el Imperio; mas antes de morir cometió el desacierto de partirlo entre sus tres hijos, con lo cual vino á quebrantarse el último lazo que sostenia la ya relajada unidad; y así, tras algunas luchas entre los varios Emperadores, que tuvieron una tregua cuando el reinado de Teodosio estableció un paréntesis de renovada, pero pasajera unidad, acabó por quedar dividido el Imperio en dos partes: el de Oriente y el de Occidente.

Despues de luchar este último con las hordas bárbaras que iban apoderándose, una tras otra, de sus provincias, y despues de un período en que nuevamente se halló Italia bajo la dominacion del Oriente, gobernado á la sazon por Justiniano, acabó por desaparecer del todo, quedando sus vastas provincias sujetas al poder de los invasores, de cuya confusion con los indígenas surgieron las nuevas nacionalidades de Occidente.

Subsistió por algun más tiempo el Imperio de Oriente, agitado por las cuestiones religiosas y políticas, en contínua lucha con los persas y los bárbaros, y entregado por completo

al favoritismo palaciego, acabando por desaparecer tambien, sin que merezca otro recuerdo especial que el de los trabajos legislativos del Emperador Justiniano.

§ 24.

Estado civil y político de las personas.—Los habitantes del Imperio, aunque disfrutan igualmente de la ciudadanía romana, se distinguen en tres clases, segun sean habitantes de Roma y Constantinopla, de las ciudades provinciales ó de las poblaciones rurales. Equiparadas entre sí tocante á sus derechos, se diferencian, sin embargo, en cuanto los primeros pueden ejercer las altas magistraturas de las dos primeras ciudades del Imperio y participan de los repartos públicos de trigo. Subsiste la division entre libres y esclavos, pero entre los primeros aparece una nueva categoría social, esto es, la de los hombres adscritos á la tierra. Eran de dos clases: los *censiti, adscripti* ó *tributarii* y los inquilinos ó *colonos*; unos y otros se hallan como adheridos perpétuamente á la tierra, de la que forman parte integrante, vendiéndose juntamente con el suelo como accesion del mismo. Se distinguen los primeros de los segundos en que aquéllos pagaban un tributo y estos un cánon.

Desaparecieron las clases sociales de las épocas anteriores por haberse extinguido las familias antiguas, al punto de ser el patriciado un mero título de honor. Constantino creó una nueva aristocracia, completamente distinta del antiguo patriciado, para dar lustre y apoyo al Imperio y servirse de ella como instrumento de sus designios; aristocracia que componian los varios órdenes de dignatarios del Imperio y que tenia cinco grados: 1° el de los *nobilissimi*, en el que figuran los príncipes de la familia imperial y los elevados funcionarios de palacio; 2° el de los *Ilustres*, compuesto de los Senadores y altos dignatarios del Imperio; 3° el de los *Spectabiliis*, al que pertenecian los gobernadores de las provincias; 4° el de los *Clarissimi*, autoridades de las principales poblaciones; y 5° el de los *Egregii*, autoridades de los municipios.

Los libertinos quedaron igualados á los ingénuos; subsis-

tiendo la esclavitud á pesar de que la rechazaba el cristianismo, ya reconocido como religion del Imperio.

§ 25.

Organizacion política.—El Emperador.—En los últimos tiempos del período anterior estableció Justiniano el Imperio militar, prescindiendo completamente de las formas republicanas, que más ó ménos, y por mera apariencia conserváran hasta entonces los Emperadores; instituyendo nuevas formas de organizacion, segun sus propósitos, que subsistieron durante el período que estudiamos por haberlas aceptado definitivamente Constantino, bien que introduciendo alguna variante.

Constantino convirtió el Imperio en una monarquía francamente hereditaria y patrimonial. Reune el sumo poder en todas sus manifestaciones y lo ejerce por medio de delegados que obran segun sus instrucciones, restableciendo de esta manera la unidad, quebrantada con la creacion de los Augustos y Césares, que habia hecho Diocleciano.

Consilium Principis.—Redujo á siete el número de los individuos que componian esta institucion política que no perdió nada de su importancia é influencia.

Funcionarios del Imperio.—Creó para su gobernacion cinco altas dignidades: el *Prepositis sacri cubilatis*, ó jefe de la casa imperial; el *Questor sacri palatii*, encargado de la administracion de la justicia imperial; el *Comes Erarii*, encargado de la administracion de los impuestos y rentas públicas; el *Magister militum*, ó jefe de los ejércitos, y el *Oficiorum preses*, encargado del órden civil. Estos funcionarios, auxiliados por considerable número de secretarios y subalternos, ejercian el poder imperial, despachando todos los negocios.

Prefectos.—Son los dignatarios delegados del Emperador, puestos al frente de cada una de las cuatro grandes circunscripciones (prefecturas) en que se dividió el territorio del Imperio. Sus atribuciones eran administrativas y judiciales, ejerciendo la inspeccion gubernativa sobre las provincias. Roma y Constantinopla tenian prefecto propio, el cual ejercia su

autoridad dentro del rádio de estas ciudades y á cien millas á su alrededor.

Vicarios.—Eran los delegados imperiales puestos al frente de las *diócesis* en que se dividian las prefecturas. Los gobernadores de las provincias tienen las mismas atribuciones que en el período anterior.

§ 26.

Antiguas magistraturas.—De algunas de ellas subsiste solamente la denominacion con que se las habia conocido, siendo meros títulos honoríficos que los Emperadores concedian. Tal sucede con el consulado, la cuestura y la pretura, que no confieren atribucion ninguna de las que habian sido propias de dichos cargos.

El Senado se dividió en dos cuerpos, quedando uno en Roma y pasando el otro á Constantinopla, pero ya no tiene importancia ni prestigio.

§ 27.

Italia y las provincias.—Concedido á todos los súbditos del Imperio el derecho de ciudadanía, todas las ciudades hubieron de quedar convertidas en municipios, gozando de la plenitud del Derecho romano y organizándose análogamente á como estaba organizada la capital.

Desaparece la distincion entre provincias imperiales y senatoriales: todas se hallan igualmente gobernadas por delegados del Emperador.

Subsiste la division del Imperio en *prefecturas, diócesis* y *provincias*, y hállase al frente de cada una de éstas el gobernador, delegado imperial. La provincia constituia un cuerpo ó entidad política, representada por una Asamblea general que se reunia ordinariamente una vez al año, y estaba compuesta de los curiales y los poseedores libres, siendo necesario, para que sus acuerdos tuviesen carácter ejecutivo, que los sancionase el presidente de la provincia. Las ciudades se organizan en forma de municipios, gobernadas por la *Curia*,

que presiden los *Duumviros*. Los excesivos y abrumadores tributos que se impusieron á estos municipios, fueron causa de su decadencia y postracion, debiendo crearse, para defenderlos de las exigencias del poder central, el cargo de *Síndico* ó *Defensor civitatis*. La administracion de justicia sigue como en la época precedente.

§ 28.

Fuentes de Derecho.—Desde el instante que Roma dejó de ser capital del Imperio, el Derecho romano, que ya en los últimos tiempos del período anterior habia terminado su desenvolvimiento científico, no ofrece más que trabajos de mera compilacion; pierde el carácter peculiar que hasta entónces le habia distinguido, advirtiéndose la notable accion ejercida en su organismo por la religion cristiana, que derogó principios que habian resistido á la equidad y al *jus gentium*. Tal es el carácter y vicisitudes del Derecho romano en este período: veamos ahora sus fuentes. De las indicadas en el periodo anterior no quedan más que las opiniones de los antiguos jurisconsultos y las Constituciones imperiales.

Ley de citas.—Es un decreto de Teodosio II y Valentiniano III, por el cual se otorgaba fuerza de ley á las obras de los jurisconsultos Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, debiendo los jueces fallar con arreglo á ellas; en caso de discordancia entre sus pareceres, debian atemperarse á la opinion de la mayoría, prevaleciendo, caso de no haberla, el parecer de Papiniano.

Compilaciones.—Generalmente contenian éstas el sinnúmero de constituciones imperiales que andaban dispersas. Las primeras que aparecieron, bien que de carácter privado son, las de los jurisconsultos Gregorio y Hermógenes, conteniendo la primera las Constituciones publicadas desde Adriano hasta Constantino, y la segunda las de los Emperadores Diocleciano y Maximiano.

Código Teodosiano.—Refundidos los dos anteriores y completados por el jurisconsulto Antioco en tiempo del Empera-

dor Teodosio II, con las Constituciones publicadas con posterioridad, se formó esta Compilacion que fué aceptada en Occidente por Valentiniano III.

Códigos Justinianeos.—Despues de haber resuelto en las *cincuenta decisiones* varias dudas que en casos importantes suscitaba el cúmulo de leyes vigentes, Justiniano encargó á una comision compuesta de diez y siete jurisconsultos y presidida por Triboniano, la compilacion de toda la doctrina del Derecho contenida en las obras de treinta y nueve jurisconsultos, con facultad para escoger libremente los textos, aceptando sólo lo vigente y prescindiendo de lo anticuado ó caido en desuso, pero de suerte que no apareciese contradiccion ninguna entre tan heterogéneos elementos. Tres años empleó la comision en llenar su cometido, publicándose en 533 con el nombre de *Digesto ó Pandectas* esta Compilacion dividida en cincuenta libros, siguiendo en la distribucion de materias el órden establecido en el Edicto del pretor, y prohibiendo Justiniano para simplificar el Derecho, que se hiciesen comentarios ó se citasen otros textos que los contenidos en dicha Compilacion.

Instituta.—Obra tan voluminosa como las de Pandectas no podia ser adecuada al estudio elemental del Derecho, y por este motivo encomendó el mismo Emperador á Triboniano, Teófilo y Doroteo, la redaccion de un trabajo destinado á la instruccion jurídica de la juventud, para lo cual sirvió de modelo la obra de Gayo, inútil ya por anticuada. Tal fué la Instituta, dividida en cuatro libros, á la que se dió al mismo tiempo que autoridad doctrinal, como obra didáctica, fuerza obligatoria, como texto legal vigente, promulgándose en la misma fecha que las Pandectas.

Código.—Como quiera que la primera Compilacion publicada resultase contradictoria en algunos puntos con las posteriores, dificultando estas antinomias la recta aplicacion del Derecho, y provocando la necesidad de publicar varias Constituciones además de las cincuenta decisiones ya citadas, encargó el Emperador á una comision de jurisconsultos la revision del Código primero, á fin de que añadiesen á él las nuevas Constituciones y corrigiesen las antinomias que entre dicho Código, las Pandectas y la Instituta se observaban. La

comision llevó á cabo este trabajo, publicándose con el nombre de *Codex repetitæ prœlectionis*.

Novelas (*novæ constitutiones*).—A pesar de haber quedado completo el cuerpo del Derecho con la publicacion de las compilaciones mencionadas, Justiniano modificó su obra en varios puntos esenciales por medio de nuevos decretos publicados desde el año 535 hasta el 565, época de su muerte; despues de la cual fueron compilados y se conocen con el nombre de *Novelas*.

Instituciones.—Derecho de las personas.—Advertimos en este punto cambios muy notables, debidos á la influencia del Cristianismo. Subsistió la esclavitud, pero además de ser ésta mucho más suave, se favoreció la emancipacion.

Derecho de familia.—En el matrimonio se dá más importancia al vínculo moral que al propiamente jurídico; se dificulta el divorcio y pierde su consideracion legal el concubinato. Se favorece la institucion dotal y se crea, en garantía de las dotes, la donacion *ante nupcias* más tarde llamada *propter nupcias*. La pátria potestad se despoja de su antiguo carácter, puramente jurídico, para organizarse segun la ley natural. La mujer emancípase de la perpétua tutela en que se la tenia, y desaparece aquella diferencia entre la agnacion y la cognacion que habia sido como la nota distintiva y característica de la familia romana.

Derecho real.—Todas las cosas fueron consideradas *nec mancipi* y toda suerte de propiedad como romana, desapareciendo la distincion entre la antigua *quiritaria* y la *bonitaria*.

Derecho de las obligaciones.—El pacto adquirió eficacia jurídica. En las formas de obligar desaparece el materialismo formulario y riguroso de otras épocas, sobre todo en la estipulacion; atribuyéndose fuerza probatoria á los documentos en que se consignaban por escrito los contratos.

Derecho de sucesion.—La novela 118 introdujo un cambio completo en la sucesion intestada que fundó Justiniano en las leyes naturales.

Derecho de procedimientos.—Se perfeccionó el establecido en el período anterior, completándose con la aparicion de la nueva jurisdiccion eclesiástica ejercida por los obispos, y que

alcanzaba no sólo á lo espiritual y temporal de la Iglesia, si que tambien á los negocios civiles contra los clérigos.

VICISITUDES DEL DERECHO ROMANO DESPUES DE LA MUERTE DE JUSTINIANO.

§ 29.

Oriente.—Despues de Justiniano sólo debemos mencionar los comentarios que de sus compilaciones se hicieron, tales como el de Teófilo; un resúmen de las Novelas, debido á Juliano, y nuevos decretos imperiales que hacian más difícil la inteligencia y aplicacion de los Códigos Justinianeos. Basilio Macedon emprendió el trabajo de refundir todo el derecho de Justiniano, vertiendo al griego su texto y añadiendo las nuevas Constituciones y comentarios. Esta obra la llevó á término su hijo Leon el Filósofo, dándola, en memoria de su iniciador, el nombre de *Basílicas,* más tarde revisadas por Constantino Porfirogeneta. Leon el Filósofo publicó tambien 113 novelas. La última obra jurídica de importancia que produjo el Oriente, fué un manual llamado *Hexabiblos*, compuesto por Hermenopulo en el año 1345, y que viene á ser una segunda y algo aumentada edicion de las Basílicas. A la caida del imperio de Oriente el Derecho greco-romano alcanzó fuerza de ley en algunas partes, y aun hoy en Grecia se consideran las Basílicas como cuerpo legal. Conquistada la antigua Bizancio por los turcos en 1453, el Derecho greco-romano quedó subsistente sólo para los cristianos.

Occidente.—Conservó esta parte del imperio el Derecho romano ante-justinianeo, no influyendo en él la division del Imperio. La invasion de los bárbaros, que establecieron el sistema de castas ó sea la distincion de Derechos, tampoco le despojó de su fuerza legal respecto de los romanos que habitaban los territorios conquistados. El Derecho romano Justinianeo se conoció en Occidente cuando, vencidos los ostrogodos por los generales del Emperador, volvió temporalmente la Italia á sus dominios; desde entónces rigieron en esta parte de

Occidente las colecciones de Justiniano, á través de todas las invasiones y vicisitudes por que ha pasado.

Desde los comienzos de la Edad media hasta el siglo décimo segundo no aparece ningun trabajo jurídico, á excepcion del *Brachylogus*, que es un breve resúmen del Derecho romano; pero al llegar la época en que despierta el espíritu de investigacion en todas las ciencias, se inicia un renacimiento en el estudio del Derecho romano y aparece en Bolonia, fundada por Irnerio, y extendiéndose desde allí á otros lugares, una escuela de jurisconsultos que, activa y estudiosa, bien que falta del poderoso auxilio de la historia y de la literatura, consigue restaurar el buen sentido jurídico de los antiguos jurisconsultos romanos, influyendo notablemente en la ciencia del Derecho; tales fueron los *glosadores*, así llamados por sus comentarios ó *glosas* á las Compilaciones de Justiniano. Reunidas estas glosas por Acursio, llegaron á obtener tal autoridad que les fué reconocida fuerza de ley ante los Tribunales.

Formaron tambien escuela los discípulos de los glosadores, teniendo por principal objeto el estudio de las glosas, al paso que descuidaban el de los mismos textos legales á que aquellas se referian, lo cual, como se comprende, conducia á un minucioso y rastrero casuismo, y perjudicaba el conocimiento de las verdaderas leyes, y más aún la inspiracion de los altos principios jurídicos. Llamáronse *Bartolistas*, siendo Bártolo y Baldo sus principales iniciadores.

Habiendo acudido á Italia ansiosos de estudiar el Derecho romano, individuos procedentes de varias naciones de Europa, las escuelas de los glosadores y bartolistas fueron conocidas en Francia, Holanda, España, Inglaterra y Alemania, despertándose en todos estos países grande aficion al estudio del Derecho. Antes que en las demás naciones se cultivó en Francia con especial predileccion, alcanzando el Derecho romano fuerza de ley en su region meridional. Primeramente hízolo traducir al francés el rey San Luis; y en el siglo XVI aparecen tan notables jurisconsultos comentaristas como son Cujas (ó Cujacio), fundador del método exegético y Donneau (ó Donnellus), que usó por vez primera el procedimiento dog-

mático en la exposicion del Derecho. En Holanda estudióse tambien con estusiasmo el Derecho romano, sobresaliendo los célebres jurisconsultos Vinonio, Novdt y Schulting. Vaccario, jurisconsulto lombardo, explicó el Derecho romano en la Universidad de Oxford, siendo cultivado su estudio por otros varios, aunque no alcanzó nunca fuerza de ley en Inglaterra; y por último, se cultivó y rigió como Derecho positivo en España varias de sus instituciones, y siendo hasta ahora base ó complemento de las distintas legislaciones coexistentes en el territorio de la Península.

FIN DEL EPÍTOME HISTÓRICO.

INSTITUTA DE JUSTINIANO

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO I.

De la justicia y del derecho.

Definicion de la justicia.—La justicia, (*de juri stare*) segun la definicion de la Instituta, es la voluntad firme y constante de dar á cada uno lo suyo. (*Constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi.* Inst., pr. lib. I, tít. I.) Así, pues, diráse hombre justo solo al que se propone y realiza el bien en todos los actos de su vida, no al que únicamente practica algunos actos justos accidentales ó aislados (1).

Distintas acepciones de la palabra derecho.—Esta palabra ofrece distintos sentidos:

1° La voz derecho (*jus* de *jubere ó jussus*) envuelve la idea de mandato, de órden. El derecho nos enseña qué actos deben ó no deben ser realizados en nuestras relaciones sociales con los demás individuos, y los casos en que, segun las circunstancias, conviene obrar ó abstenerse. El derecho es, por consiguiente, un conjunto de preceptos á los cuales el hombre debe prestar obediencia. La idea de mandato, de órden, impli-

(1) MM. Ortolan, *Explic. his. des Inst.*, tít. II, núm. 12; Demangeat. *Cours. elém. de dr. rom.*, t. 1, p. 10; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2ª edic., tít. I, p. 3.

ca la necesidad de una sancion, de una coaccion material; seria nula completamente la eficacia de los preceptos del derecho si el hombre pudiera sustraerse á ellos sin responsabilidad ninguna.

2º La palabra *jus* significa muchas veces una facultad legal, una prerogativa garantida por la ley; por ejemplo, el derecho de poseer, el de testar, el de contraer matrimonio, etc. En tal sentido, la palabra *derecho* tiene su necesario correlativo en la palabra *deber*; ejemplo: el derecho de propiedad es la facultad de gozar y disponer de una cosa sin limitacion ninguna; y esta facultad tiene su correlativo en el deber en que se hallan los demás de respetar mi propiedad. El *deber* viene á ser, pues, la antítesis del *derecho*.

3º La palabra *jus* se usa muchas veces como sinónima de la de *ley*. En este sentido se emplea cuando se dice, por ejemplo, que tal decision de los tribunales es *conforme* á derecho (1).

Definicion de la jurisprudencia.—La jurisprudencia es el conocimiento ó ciencia de lo que sea conforme ó contrario al derecho. (*Justi atque injusti scientia.*)

Los que se hallan versados en esta ciencia llámanse *jurisconsulti ó jurisprudentes* y más simplemente *prudentes*. Segun Justiniano (Inst. § 1, lib. I, tít. I) la jurisprudencia comprende además el conocimiento de las *cosas divinas y humanas* (*divinarum atque humanarum rerum notitia.*) Varias son las opiniones acerca del sentido de estas últimas palabras; consideramos la más fundada interpretacion la que pretende descubrir en ellas una alusion al derecho religioso. La jurisprudencia debia comprender, pues, el conocimiento de los principios que presidian á la organizacion del culto y del sacerdocio (2).

Reglas del derecho.—Las reglas del derecho son: vivir honestamente; no dañar á nadie; dar á cada uno lo suyo.

1º *Vivir honestamente* (*honesté vivere*) es, ante todo, una regla

---

(1) Para más detalles acerca de estas nociones preliminares, véanse MM. Boistel, *Cours elém de dr. natur. et de philosophie du droit*, p. 35 y sig; Van Wetter, *Cours elém. de droit rom.*, Introduc tit. I, § 2, p. 10 y sig.

(2) Véanse en este sentido á MM. Ortolan. *Explic. hist. des Inst.*, tít. II, núm. 14, Accarias *Préc. de dr. rom*, 2ª edit. tít. I, p. 5 y nota 1. Comp. MM. Demangeat. *Cours elém. de dr. rom.* p. 11; Van Wetter, *Cours elém. de dr. rom.* tít. I, § 2, p. 13 y 14 y § 3, p. 26 y 27.

de moral. La moral es un conjunto de preceptos á los cuales el hombre debe acomodar todos los actos de su vida. El derecho y la moral concurren muchas veces al objeto de realizar el bien. Ejemplo: el derecho conviene con la moral en impedir que un padre case con su hija. No se confunden, sin embargo, el derecho y la moral; el jurisconsulto Paulo ha deslindado claramente sus respectivos campos cuando ha escrito: «*Non omne quod licet honestum est.*» Ya se ha dicho antes que las obligaciones de derecho se hallan sancionadas por medios materiales de coercicion; los deberes de moral solo tienen su sancion en la conciencia.

2º No dañar á nadie (*alterum non lædere*) es solo una regla de derecho.

3º Dar á cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*) es otra regla de derecho; la moral pide que se ame al prójimo como á sí mismo; no es bastante abstenerse de obrar mal, es necesario que se haga el bien. (Inst., § 2, lib. I, tít. I) (1).

Division del derecho.—El derecho se divide en *público y privado*.

El *derecho público* (*jus publicum*) tiene por objeto la constitucion del Estado, la distribucion de los poderes, la organizacion de la fuerza pública, las relaciones de los gobernantes con los gobernados (*quod ad statum rei romanæ spectat.* Inst., § 4, lib. I, tít. I.)

El *derecho privado (jus privatum)* tiene por objeto las relaciones de los hombres entre sí, los derechos y deberes recíprocos de los particulares (*quod ad singulorum utilitatem pertinet.* Inst., ibid.)

El primero está por encima de las convenciones particulares; el segundo, por el contrario, es susceptible de todas las modificaciones con que las partes quieran alterarlo y áun pueden renunciar á él completamente.

---

(1) Sobre la distincion entre la moral y el derecho, véase M. Boistel, obra cit., número 55 y sig., p. 91 y sig.

TÍTULO II.

Del derecho natural, del derecho de gentes y del derecho civil.

Primera division del derecho privado.—Derecho civil, derecho de gentes.

El derecho privado, bajo el punto de vista de su orígen, y de su aplicacion más ó ménos ámplia, se divide en *derecho civil* y *derecho de gentes.*

El *derecho civil* es el conjunto de leyes que son propias de los miembros de la nacion en que se han promulgado. Así el derecho civil *romano* se aplica sólo á los ciudadanos romanos (*quod quisque populus ipsi sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile.* Instit., § 1, lib. I, tít. II).

El *derecho de gentes* es el conjunto de leyes comunes á todos los hombres, tanto á los peregrinos como á los ciudadanos, sea cualquiera la nacionalidad á que pertenezcan (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* Instit., *ibid*).—Conviene hacer notar que el derecho de gentes de que aquí tratamos nada tiene de comun con el derecho *internacional*, á que los romanos dieron tambien el nombre de *jus gentium* (1). Este último se ocupa de las relaciones entre los Estados, y por consiguiente, constituye una rama del derecho público (L 5, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV).

Diferencias entre el derecho civil y el derecho de gentes.

1° *Bajo el punto de vista del origen.*—El derecho civil deriva de la voluntad del legislador que lo promulga. El derecho de gentes nace de la conciencia humana.

2° *Bajo el punto de vista de la latitud de su aplicacion.*—El derecho civil obliga sólo á los que son miembros del Estado; el derecho de gentes aplícase á las relaciones entre todos los hombres sin distincion de nacionalidades. Esta es la clasifica-

---

(1) El nombre clásico del derecho internacional es el de *jus fetiale* ó derecho de las negociaciones y de la diplomacia. Véase á este objeto M. Sumner Maine *L'ancien droit*, vertido del inglés por M. Courcelle—Seneuil, p. 44 y sig.; Willems *Droit publ. rom.* 3ª edicion, p. 423 y sig.

cion más racional, la más fecunda en consecuencias prácticas y la más generalmente aceptada entre los romanos. Esta es tambien la que se admite por la facultad de derecho de París.

Observaciones.—La Instituta (*pr.* lib. I, tít. II) establece, segun Ulpiano, otra division del derecho privado, pues á los dos primeros elementos—derecho civil y derecho de gentes—añade como tercero el *derecho natural*, que es el conjunto de reglas comunes á los hombres y á los animales. Así, el instinto de conservacion, la union del macho y de la hembra, la procreacion y educacion de los hijos son actos comprendidos en la esfera del derecho natural. Pero como, en realidad, tales actos no son más que leyes físicas del instinto, que no presuponen inteligencia ni responsabilidad, repugnan á la nocion del derecho, y nos precisan á separar del derecho privado este tercer elemento (1).

Segunda division del derecho privado.—Derecho escrito, derecho no escrito.—Bajo el punto de vista de las fuentes originarias del derecho privado, se clasifica en derecho *escrito* (*scriptum*) y *no escrito* (*non scriptum*) (Instit., § 3 eod).

Derecho escrito.—Es aquel que proviene de la voluntad del legislador, formulada y promulgada, y no escrito es el que nace de la voluntad tácita revelada por la tolerancia que dispensa á los usos repetidos y generales del pueblo (*jus moribus constitutum*). No se crea, pues, que la distincion consiste en la circunstancia de haberse ó no reducido á material escritura.

Division del derecho escrito.—Varias fueron en Roma las fuentes del derecho escrito: las leyes, los plebiscitos, los senado-consultos, las Constituciones de los Emperadores, los edictos de los magistrados y las respuestas de los prudentes.

La *ley* es una regla estatuida por una autoridad superior, á la que se debe prestar obediencia.

---

(1) MM. de Fresquet, ***Tr.** elèm. de dr rom.*, t. I, p. 9 y 10; Ortolan, *Explic. hist. des Inst.*, t. II, n. 19; Demangeat, *Cours.elèm. de dr. rom.*, t. I, p. 15; Accarias, ***Préc.** de dr. rom.*, 2ª edic., n. 6, p. 14; Boistel, *Cours. elem. de dr. natur. et. de philosophie du droit*, p. 81; Labbé et Macheiard en sus lecciones.—V. tambien Schilling: *Lehrbuch für Institutionem und Geschichte des ròm. Privatrechts* (Leipzig, 1837), t. II, p. 32; de Savigny, *Sistem,* t. I, p. 413; Maynz, *Cours. de dr. rom.*, 3ª edic., t. I, § 89, p. 276; Brocher, *Etud. hist. et philosoph. sur la legitime et les rèserves*, p. 20; Namur, *Cours d' Instit.*, 2ª edic., t. I. § 4, p. 31; Sumner Maine, traducido del inglés por M. Courcella Seneuil, p. 51 y sig.

Funciones del poder legislativo en Roma.—Durante la época de los reyes y ántes de Servio Tulio, la ley se votaba en los comicios por curias; despues de Servio Tulio, en los comicios por centurias (1). Sin embargo, áun con posterioridad á esta época, encontramos leyes votadas en los comicios por curias, principalmento por lo que se refiere á las abrogaciones y á los testamentos.

Tenia la iniciativa para la convocacion de las centurias un magistrado del órden senatorial (*senatorio magistratu interrogante*), como por ejemplo: un cónsul, un dictador, un pretor; y este magistrado no podia presentar al voto de los comicios el proyecto de ley sin que precediera la autorizacion del Senado (*ex senatus-consulto tulerit*). La ley votada en los comicios por centurias debia recibir en un principio la sancion de los patricios reunidos en los comicios por curias (*Patrum auctoritas*. Instit., § 4, eod.).

El *plebiscito* es una decision que votaban los plebeyos en los comicios por tríbus, á propuesta de un magistrado del órden plebeyo (*plebeio magistratu interrogante*). Treinta y cinco tríbus ó distritos habia en Roma; hallábanse constituidos con un carácter democrático que hacia desaparecer toda diferencia de raza, de edad y de fortuna. En las votaciones generales cada tríbu tenia una sola voz; en el seno de cada tríbu los sufragios se emitian individualmente. En los primeros tiempos los plebiscitos, formados solamente por los plebeyos (*plebs*), necesitaban la aprobacion del Senado y la sancion de los patricios en los comicios por curias. La clase patricia no formó parte desde luego de los comicios por tríbus, y durante mucho tiempo negó autoridad legislativa á las resoluciones que tomaban los plebeyos, resistiéndose á prestarles acatamiento. Pronto, sin embargo, las tres leyes Valeria Horacia, Publilia y Hortensia, vinieron á disponer que los plebiscitos tuviesen fuerza obligatoria para los dos órdenes, quedando asimilados á las *leyes* (Instit., § 4, lib. I, tít II). Por el mismo tiempo hubo de desaparecer, segun todas las probabilidades, la necesidad de la aprobacion del Senado y de la confirmacion de los

(1) Véanse acerca de esta reforma de Servio Tulio, MM. Rodiere, *Les grands jurisconsultes*, p. 16 y sig.; Willems, *Droit publ. rom.*, 3ª edic., p. 166 y sig.

patricios, con la cual vino á ser el plebiscito una obra comun de todo el pueblo (*populus*) y no exclusiva de los plebeyos (*plebs*). (1)

Las leyes y los plebiscitos solian tomar su nombre de los magistrados que las iniciaban.

El Senado-consulto es un acuerdo del Senado (*Senatus-consultum est quod senatus jubet atque constituit*). Durante los tiempos de la República los senado-consultos no fueron otra cosa más que actos administrativos, políticos ó de derecho público; no tenian relacion con el derecho privado ni afectaban al interés de los particulares. Con el Imperio se realiza una transformacion, que la Instituta (§ 5) explica por un motivo algo pueril. El pueblo romano, dice, habíase de tal suerte acrecentado que ya llegó á ser imposible convocarlo en masa para la formacion de las leyes; por lo cual pareció conveniente consultar al Senado. En la época de Tiberio los senado-consultos sustituyeron por completo á los plebiscitos (2).

El Senado se hallaba compuesto de ordinario por ciudadanos que desempeñaban ó habian desempeñado magistraturas, como por ejemplo, los curules, y que además gozaban de cierta posicion de fortuna (3). Dábase á los senado-consultos el nombre de los cónsules (S-C. Trebeliano) ó de los Emperadores (S-C. Claudiano) bajo cuyo gobierno se habian promulgado.

Constituciones imperiales.—Reciben este nombre las decisiones de los Emperadores. Segun los términos de la ley *de imperio Vespasiani*, impropiamente llamada *lex regia* por Ulpiano (L. 1, pr, D., *De const. princ.* lib. I, tít. IV) y por Justiniano (Inst., l. 1, tít. II, § 6) el *imperium* se conferia al nuevo Emperador cuando era elevado al sólio; el pueblo abdicaba en sus manos todos los poderes y le investia con todas las magistraturas. De aquí se derivó indudablemente la potestad que tuvo el em-

(1) MM. Accarias, obr. cit., 2ª edic., núm. 14, pág. 29, texto y nota 1: Namur, *Cours d'Instit.*, 2ª edic. t. I, § 15, pág. 21 y 22: Rivier, *Introduct. histor. an dr. rom.*, § 51, pág. 147. Willeny, *adr. publ. rom.*, 3ª edic., pág. 186 y sig.

(2) V. la nota 1, p. 54.

(3) Consúltese acerca de este punto el erudito *Estudio sobre el senado romano* publicado por M. Domenget; *Rev. praf. de dr. franc.*, 1, 36, p. 462 y sig.

Véase tambien M. Willenos, *Dr. publ. rom.* 3ª edic., p. 193 y sig.

perador de promulgar constituciones con fuerza de ley. (Instit., § 6.)

Tres eran los órdenes de constituciones imperiales:

1º Los edictos (*edicta*). En su calidad de magistrado investido del *imperium*, tenia el Emperador el *jus edicendi*, derecho de expedir edictos, esto es, disposiciones generales cuyos efectos miraban al porvenir.

Como magistrado investido de la *jurisdictio* el Emperador tenia el derecho de dar rescriptos y decretos.

2º Los rescriptos (*rescripta*). El Emperador podia ser consultado por los magistrados inferiores ó por los particulares acerca de la solucion de algun punto de derecho, y en tal caso estatuía de una manera especial, dictando una sentencia que se llamaba *rescripto* y tambien *subscriptiones*, *epistolæ*.

3º Los decretos (*decreta*). En determinados litigios podia el Emperador constituirse en juez, ya de hecho, ya de derecho. Estas sentencias, que eran inapelables, llamábanse *decretos*. Los rescriptos y decretos hacian referencia á lo pasado. Dictados con ocasion de un litigio presente, no tenian más objeto que interpretar el derecho vigente al tiempo de su promulgacion, sin alterarlo, por lo que venian á ser verdaderas leyes interpretativas.

Los edictos de los magistrados formaban el derecho *honorario*, que, inspirado en los principios de justicia y de equidad, tenia el triple objeto de robustecer, completar y corregir el derecho civil (*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*). Los pretores, en realidad, unian á su carácter de magistrados el de legisladores; el pretor *peregrino* entendia de las cuestiones surgidas entre los extranjeros y probablemente de las que ocurrieran entre extranjeros y romanos; el pretor *urbano* juzgaba tan solo los litigios entre ciudadanos romanos, pero muchas veces tomaba del pretor peregrino las reglas del derecho de los extranjeros que tenian útil aplicacion á los ciudadanos. Cada pretor, al entrar en el ejercicio de su cargo, publicaba un edicto en el cual se contenian las reglas ó principios que habia de aplicar durante su administracion, edic-

---

(1) No debe traducirse *perpetuum* en la acepcion de *perpétuo* porque seria un contrasentido. *Perpetuum* en este punto quiere decir *no interrumpido*, esto es que el edic-

to que una vez publicado ya no podia modificarse (*edictum perpetuum*), por haberlo mandado así la ley Cornelia, ni tenia eficacia pasado el período de aquella magistratura (1), bien que, por fortuna, solía suceder que la mayor parte de las reglas consignadas por un pretor en su edicto aparecian transcritas en los edictos de sus sucesores en la pretura. A la disposicion que se iba perpetuando por medio de este tránsito de uno en otro edicto, llamábasele *edictum translatitium* ó *tralatitium*.

Cuando el pretor introducia disposiciones nuevas en el edicto, este llevaba el nombre de *edictum novum*. Fijábase el edicto sobre tablillas de madera blanca (*in albo*) y se colocaba de manifiesto en el *forum*.

El *edictum œdilitium* era el que publicaban los ediles curules, magistrados que tenian á su cargo la policía de los mercados. Al lado de aquellos edictos, pero con importancia secundaria, se colocaban los que expedian los censores (*leges censoriœ*) y los tribunos de la plebe. He aquí por qué siendo la fuente de estos edictos la magistratura (*honor*) llamábase á todo su conjunto derecho honorario (*jus honorarium*).

Desde Julio César venia sintiéndose la necesidad de compilar y ordenar los edictos sucesivamente publicados; Aulo Ofilio, jurisconsulto que gozaba en aquella época de gran estima, emprendió un trabajo de compilacion acerca del cual carecemos de noticias positivas. Estaba reservado á Juliano, pretor en tiempos del imperio de Adriano, el mérito de ordenar, bajo el nombre de *edicto perpétuo* por excelencia (*edictum perpetuum*) (1) una compilacion que, aparte haber merecido la favorable censura del Emperador y del Senado, ha gozado de immensa autoridad y provocó más adelante los trabajos de interpretacion de muchos jurisconsultos clásicos, figurando Ulpiano entre los más notables (2).

Eran las RESPUESTAS DE LOS PRUDENTES dictámenes que,

---

to publicado por el pretor debia conservar de una manera continua y persistente su fuerza obligatoria durante todo el período de una magistratura.

(1) Se concibe fácilmente la nueva significacion del adjetivo *perpetuum*, pues que el edicto de Juliano recibió fuerza de ley definitiva.

(2) Acerca el desarrollo del derecho pretoriano, veánse MM. Sumner Maine, obr. cit., p. 61; Rodiére. obr. cit. p. 50 y sig. 73 y sig.; Accarias, obr. cit., 2ª edic. tomo I, núm 19 y 20, p. 36 y sig.; Willems *Dr. publ. rom.* 3,ª edic., p. 258.

oralmente ó por escrito, daban los jurisconsultos á los litigantes ó á los jueces.

Al principio, bastaba inspirar confianza al público para emitir estos dictámenes; las opiniones expuestas por un jurisconsulto con motivo de un litigio solo tenian el valor que pudiera darles el prestigio que á la opinion pública mereciera el nombre de su autor; el juez quedaba perfectamente libre para determinar su juicio en armonía con su conviccion personal y con entera independencia. Pero Augusto creó al lado de los jurisconsultos ordinarios (1) un órden de jurisconsultos oficiales á quienes confirió el *jus publice respondendi ex autoritate principis* ó sea la *permissio jura condendi* (2). A pesar de haberse acrecentado con esto su influencia, la autoridad de los jurisconsultos no perdió su carácter meramente doctrinal que no coartaba la libertad del juez (3).

Adriano vino á completar la obra de sus predecesores dando fuerza obligatoria á las respuestas de los jurisconsultos oficiales en caso de unanimidad (4).

---

(1) En efecto, despues de la reforma de Augusto la profesion de jurisconsulto, esto es, la facultad de dar consejos á los clientes, continuó siendo un derecho general. Lo único que cabe presumir es que entrara en la politica de Augusto la idea de procurarse á su alrededor una fuerza que dominara en la opinion y que al distinguir con el sello del favor imperial á determinados jurisconsultos llevaba el propósito de convertirlos en personajes completamente adictos á su persona, al propio tiempo que pretendia rebajar la estima de aquellos que no le hubiesen merecido aquella distincion V. M. Machelard. *Observac. sur les respons. prudentium. Revista de legislacion* de 1871, p. 544. Tal es tambien la opinion de M. Accarias *Prec. de dr. rom.* 2ª edic., tít. I, núm. 23, p. 44 y sig.

(2) No vemos en esto más que una sola é idéntica facultad y nos parece difícil encontrar una distincion sensible entre el *jus respondendi ex auctoritate principis* y el *permissum est jura conderé*. Esta es, por otra parte, la opinion sustentada y demostrada hasta la evidencia por Machelard, loc. cit., p. 552 y sig. en oposicion á la que defienden MM. Bodin y Demangeat. Comp. Accarias, loc. cit., p. 46.

(3) Savigny. *Tr. de dr. rom.* (Trad. Guenoux) tít. I, § 26, p. 151; Giraud, *Hist. de dr. rom*, p. 90 y Rodière, *Les grands jurisconsultes*, p. 69, opinan por el contrario que las respuestas de los jurisconsultos oficiales fueron obligatorias solo desde el reinado de Augusto.

(4) Por la palabra *respuestas* no debe entenderse tan solo las respuestas propiamente dichas á las consultas, sino tambien las opiniones emitidas *motu propio* en una obra doctrinal (*opiniones*) Sic. M. Accarias, loc. cit., p. 46. No admitimos, pues, la opinion de M. Bodin. *Rev. hist. de dr. franc*, tít. IV., p. 197 y sig., que niega fuerza inmediata de ley á los escritos de los jurisconsultos vivos aún y concede solo esta autoridad á las obras que, despues de fallecidos sus autores, han sido consagradas por senado-consultos ó constituciones imperiales.

Justiniano con sus trabajos de codificacion echó por tierra la autoridad de los jurisconsultos que desde aquel momento vino á ser inútil (1).

Derecho no escrito.—Bajo el imperio, este derecho ha perdido su autoridad primitiva. Constantino en una de sus constuciones, mientras reconoce por una parte la importancia de la costumbre, declara por otra que no debe prevalecer sobre una ley. «*Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est; sed non usque ad eo sui valitura momento, est aut rationem vincat, aut legem*» (L. 2, C., *Quæ sit long. consuet.*, lib. VIII, tít. LIII) (2).

Clasificacion de las materias del derecho privado.—El derecho privado tiene por objeto: las *personas*, las *cosas*, las *acciones*. (*Omne jus quo eutimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*) Esta clasificacion dada por Gayo es la que reproduce Justiniano en la Instituta (3).

Division de la Instituta.—La Instituta de Justiniano se compone de cuatro libros. El primero trata de las *personas;* el segundo, el tercero y los cinco primeros títulos del cuarto se ocupan de las *cosas*; el resto de este último habla de las *acciones*.

---

(1) Véase, á mayor abundamiento, acerca de toda esta materia, MM. Ortolan. *Explic. hist. de las Inst.*, t. I, núm. 344 y 369; de Fresqnet, Fr. *elém. de dr. rom.*, t. I, p. 83; Namur, *Cours d'Inst*, 2ª edic. t. I, § 23, p. 33; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 56, p. 136 y 137, texto y nota 8; Sumner Maine *L'ancien droit*, p. 33 y sig. y sobre todo M. Glasson, *Estudio sobre el jus respondendi*, núm. 37.

(2) Este texto ha dado lugar á numerosas interpretaciones que ha resumido M. Vangerosw. *Lehrb.*, t. I, § 16. De todas suertes la interpretacion que parece predominar es la que supone que una costumbre local no debia prevalecer contra la expresa disposicion de una ley especial ó contra el espíritu de una ley general. Sic. MM. Demangeat, t. I, p, 102; Van Wetter, t. I, § 3, p. 24 y 25; de Savigny, *Siét.* t. I, apsend. 2; Windscheid, *Lehrb* , t. I, § 18, núm. 2. Comp. MM. Namur., *Cours d'Inst.*, 2ª edic. t I, § 6, p. 6; Accarias, *Prec. de dr. rom.*, 2ª edic., t. I, núm. 9, p. 23, nota 1; Goudsmit, *Cours des Pandectes*, traducido del irlandés por M. Wuylsteke § 15, *in fine* p. 36, nota 2.

(3) Los derechos de crédito débense clasificar entre los *jura rerum* ó entre los *jus actionum*? La mayoría de los intérpretes colocan los derechos de crédito entre los *jura rerum*. V. principalmente M. Van Wetter, t. I, § 4, p. 34.

TÍTULO III.

De las personas.—Primera clasificacion de las mismas en libres y siervas.

La palabra *persona* tiene las tres siguientes acepciones:

1ª El indíviduo jurídico (*singulares personæ ó singuli*) considerado bajo el punto de vista de los derechos y obligaciones que la ley le concede ó impone.

2ª La entidad moral ó de razon (*personæ vice funguntur*) que, reconocida por el legislador, puede gozar de derechos ó estar sujeta á ciertas obligaciones. Ejemplo: el Estado, una ciudad, el fisco, una corporacion.

3ª La personalidad ó carácter que cada hombre ostenta en la sociedad ó en la familia; por esta razon tendrá derechos y deberes distintos segun sea ciudadano ó esclavo, padre ó hijo de familia. Bajo este concepto, un mismo individuo puede tener reunidas en sí varias personalidades, como sucede v. gr. cuando el ciudadano es al propio tiempo padre de familia y tutor.

Division de las personas.—La principal division de las personas (*summa divisio*) es en hombres *libres y siervos*. Inst. pr. lib. I, tít. III).

Definicion de la libertad.—La libertad es segun la Instituta (§ 1, *eod*) la facultad natural que tiene cada uno de hacer lo que quiera, mientras no se lo impida la fuerza ó el derecho. (*Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid ant vi aut jure prohibetur*) (1).

Definicion de la esclavitud.—La esclavitud es, segun la Instituta (§ 2), una institucion de derecho de gentes contraria al derecho natural, en virtud de la cual se halla un hombre bajo el dominio de otro. (*Constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*) Los esclavos son llamados *servi*, porque los generales tenian la costumbre de vender á los prisioneros, y á veces los conservaban *(servare)* en

(1) Esta definicion de la libertad ha sido justamente censurada bajo el punto de vista filosófico por MM. de Fresquet. *Tr. elem. de dr. rom.*, t. I, p. 92; Demangeat, *ob. cit.*, p. 145 y Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 2ª edic., t. I, núm. 36, p. 69.

vez de matarlos, como podian hacerlo en uso de su derecho (§ 3). Llamábaseles tambien *mancipia*, porque se les cogia con la mano (*manu capere*) entre los enemigos (§ 3 *in fine*) (1). Por esto la guerra se considera como el orígen de la esclavitud, y el derecho de matar á los prisioneros como la justificacion y legitimidad de esta institucion.

¿Es una persona el esclavo?—Segun el punto de vista desde el cual se le considera, el esclavo es una *persona* ó una *cosa*. 1° El esclavo es una *persona*, porque puede figurar en aquellos actos jurídicos en que desempeña el papel de intermediario, de instrumento de su dueño; puede quedar obligado *civilmente* por sus delitos, contraer una obligacion natural, ser instituido heredero, legatario, recibir una donacion, ser emancipado, poseer un peculio, etc., etc. 2° El esclavo es una *cosa*, porque su dueño tiene sobre él una propiedad absoluta, el derecho de vida y muerte; puede ser objeto de una venta, de una donacion, de un derecho de usufructo (Instit., § 1, lib. II, tít. II).—Varron distingue así las clases de instrumentos: el hierro, el buey, la carreta y el esclavo.

MODOS DE CONSTITUIRSE LA ESCLAVITUD.

Distingue Justiniano entre los esclavos *por nacimiento* y los que han venido á serlo en virtud de *un hecho posterior* (Instit., § 4, lib. 4, lib. I, tít. III).

A. ESCLAVOS POR NACIMIENTO.

Se nace esclavo cuando la madre tambien está en esclavitud (*ex ancillis nostris*). Es indiferente que la mujer haya tenido relaciones con un hombre libre, porque es regla general que cuando no hay matrimonio legítimo el hijo sigue la condicion de la madre.

---

(1) M. Accarias (ob. cit., p. 68, nota 4), opina que si los esclavos son llamados *mancipia* no es por alusion á los prisioneros de guerra, sino ántes bien porque los esclavos son *res mancipi* y se enajenan por la solemnidad de la emancipacion ó *mancipium*. El ilustre profesor cita en apoyo de su tésis un pasaje de Ciceron. (Parad. V. 1).

B. ESCLAVOS POR UN HECHO POSTERIOR.

Viénese á caer en esclavitud por el derecho de gentes ó por el derecho civil.

I. *Por el derecho de gentes.*

Captivitate.—La cautividad es en todos los pueblos una de las causas de esclavitud que supone una lucha entre dos naciones enemigas; de manera que no se consideran esclavos los prisioneros que se hacen los combatientes en una guerra civil ni los individuos de quienes se apoderan los bandidos ó los piratas (L. 5, § 2, D., *De capt.*, lib. XLIX, tít. XV).

II. *Por el derecho civil.*

Deben distinguirse dos épocas: la anterior y la posterior á Justiniano. Durante la primera, y segun el primitivo derecho, caíase en esclavitud *jure civili* por distintos modos:

1º Segun la ley de las Doce Tablas, el hombre libre que cometia un robo y era cogido infraganti (*fur manifestus*) era adjudicado (*addictus*) al que habia sido víctima de su delito. El derecho pretoriano sustituyó esta causa de esclavitud por la pena del cuádruplo del valor que tuviera el objeto robado.

2º Segun la propia ley de las Doce Tablas, el deudor que condenado en juicio á pagar su deuda no lo hiciese despues del plazo que se le hubiera fijado, era adjudicado á sus acreedores y vendido como esclavo *trans Tiberim*. La ley Petilia Papiria vino á cambiar tal estado de cosas; el *addictus* no se convirtió ya en esclavo, pero debia emplear su trabajo en provecho del acreedor hasta que hubiese extinguido completamente su deuda.

3º Cuando en la época del censo un ciudadano romano dejaba de hacerse inscribir en las tablas, perdia su cualidad de hombre libre y caia en servidumbre. Esta causa, cuyos orígenes parecen remontarse al tiempo de Servio Tulio, desapareció desde los primeros siglos del Imperio.

4º El ciudadano romano que resistia entrar en el servicio militar podia tambien ser reducido á esclavitud. El Imperio, al inaugurar un nuevo sistema de organizacion militar por

medio de alistamientos voluntarios, hizo que desapareciera esta causa de esclavitud.

Bajo el imperio de Justiniano todavía subsisten cuatro causas de esclavitud:

1º Las Instituciones no hacen mérito de otro caso que el de un hombre libre, mayor de veinte años, que se deja vender como esclavo para participar del precio (*ad pretium participandum sese venundari passus est,* Instit., § 4, eod.). El hombre libre no puede por medio de una convencion enajenar su libertad, porque la libertad está fuera del comercio. Este principio daba orígen al siguiente fraude: un hombre libre se ponia en inteligencia con otro al propósito de hacerse pasar como esclavo y ser vendido en concepto de tal; cuando el comprador habia satisfecho el precio, el vendedor lo partia ó lo disipaba con el supuesto esclavo, y despues de esto el que se habia dejado vender reivindicaba su condicion de hombre libre que no habia podido perder en virtud de un pacto. De tal manera, el comprador quedaba privado de toda garantía eficaz contra semejante fraude. Una ley, que debió ser probablemente el S.-C. Claudiano, puso término á este tráfico, prohibiendo al que se hubiese vendido reivindicar su libertad y declarándole siervo del comprador. Mas para esto era preciso que concurriesen cinco requisitos:

Que aquel que hubiera consentido ser objeto de la venta fuese mayor de veinte años, ya el dia en que fué vendido, ya el dia de la particion del precio. (L. 7, § 1, D., *De lib. cau.*, lib. LX, tít. XII);

Que hubiese mala fé por parte del vendedor y de la persona vendida;

Que el comprador hubiese obrado con buena fé, esto es, que ignorase la condicion libre del fingido esclavo. (L. 7, § 2; L. 33, D., *eod.*);

Que el comprador hubiera realmente pagado el precio de la venta;

Que el precio, por último, se hubiese repartido entre el vendedor y la persona vendida.

La novela LIX del Emperador Leon abolió esta causa de servidumbre.

2º El hijo habido en las relaciones de una mujer libre con

un esclavo, era libre; porque, fuera de legítimo matrimonio, el hijo seguia la condicion de la madre. Mas como de tal suerte sufria un perjuicio el dueño del esclavo, vino á resolverse por el S.-C. Claudiano que cuando una mujer libre sostuviera ilícito comercio con un esclavo, el señor del último pudiese amonestarla para que pusiera término á semejantes relaciones; y si, despues de intimarla por tres veces consecutivas, la mujer persistía en su empeño, quedaba despojada de su libertad y de sus bienes en provecho del señor del esclavo, y los hijos que tuviera en adelante nacian tambien esclavos. El S-C. Claudiano fué derogado por Justiniano (L. unic., C., *De stc. Claud. toll.*, lib. VII, tít. XXIV).

3° Cuando un liberto se mostraba ingrato para con su patrono, caia otra vez en esclavitud. Esta nueva causa fué introducida en la legislacion muy posteriormente. Iniciada por Claudio la idea, fué propuesta en tiempo de Neron al juicio del Senado que la rechazó; pero una constitucion de Cómodo (L. 6, § 1, C. *De agnosc. vel alend.*, lib. XXV, tít. III) resolvió que el liberto ingrato recaiga en servidumbre de su antiguo dueño; pero es necesario para que así suceda que hayan ocurrido hechos de bien notoria ingratitud, tales como haberle maltratado en su persona ó negádole los alimentos; y es preciso, además, que los hechos se acrediten debidamente y que la revocacion de la libertad se pronuncie por sentençia de magistrado. Justiniano dejó subsistir esta causa de esclavitud.

4° La condenacion á determinadas penas llevaba consigo la esclavitud. Cuando un ciudadano era condenado en virtud de un delito á luchar en el circo (*ad bestias*) la misma sentencia condenatoria le privaba de la libertad, de modo que venia á ser esclavo de la pena que se le imponia (*servus pœnæ*). El siervo, de la pena no tenia señor (*servus sine domino*). Instit., § 3, lib. I, tít. XII; L., 2, § 2, D. (*De pœn.*, lib. XLVIII, tít. XIX). En los primeros tiempos de su imperio Justiniano dejó subsistente dicha causa de esclavitud, pero luego fué abolida por la novela XXII, c. VIII (1).

---

(1) Consúltese, acerca de toda esta materia, el notabilísimo estudio de M. Caqueray, *De l'esclavage chez les Romains*, Rév. hist. de Dr. Fran. et etrang. t. X. página 199 y sig

PERSONAS LIBRES.

Segun las Instituciones (§ 5 eod.) existen varias diferencias entre las personas libres.

SUBDIVISION DE LAS PERSONAS LIBBES EN CIUDADANOS ROMANOS Y PEREGRINOS.

I. Ciudadanos.—En los primeros tiempos solo tenian este título los oriundos de Roma y del estrecho territorio que circundaba la ciudad. La ciudadanía romana traia consigo grandes privilegios; de manera que solo los ciudadanos tenian el derecho:

1º De adquirir la propiedad romana (*dominium*) y de practicar todos los actos que con ellos se relacionan, particularmente la facultad de figurar en una mancipacion ya como enajenante, ya como adquisidor (*Commercium est emendi vendendique invicem jus*). Tal era el *jus commercii* (1);

2º De otorgar testamento y de adquirir por él; esto es la *testamenti factio;*

3º De celebrar un matrimonio válido segun el *jus civile* y de adquirir los derechos provenientes del mismo, en especial la pátria potestad y el derecho de parentesco civil llamado *agnatio*; tal era el *jus connubii*;

4º De tener participacion en los comicios y aspirar á las diversas magistraturas; tal era el *jus suffragii et honorum* (2).

II. *Peregrinos.*—Bajo la denominacion de peregrinos se comprenden así los extranjeros sometidos al poder romano que no gozaban del derecho de ciudadanía, como los pueblos independientes que habian celebrado con los romanos tratados de alianza. En el último período del derecho esta palabra vino á ser sinónima de *hostes*. A los pueblos que se mantenian alejados de

(1) Véase sobre el *jus commercii* M. Willems. *Dr. publ. rom.* 3ª edic., p. 80 y sigs.
(2) Consult. M. Willems, obra cit. p. 83 y sig.

la civilizacion romana se les designaban con el nombre de *barbari.*

Diferentes clases de peregrinos.—Son tres; el 1º latino; 2º el peregrino propiamente dicho; 3º el peregrino *deditício.*

Primera clase.—*El latino* habitaba el Lacio, país más inmediato á Roma que habia sido uno de los primeramente conquistados. Entre el latino y el ciudadano romano habia comunidad de orígen, de costumbres y de lenguaje; ocupaba el latino un lugar intermedio entre el ciudadano romano y el peregrino propiamente dicho. ¿Hasta qué punto participaba el latino de los derechos de la ciudad y qué prerogativas comprendia el *jus latii*?

Bajo el punto de vista del patrimonio el latino asimilábase al ciudadano romano; podia adquirir la propiedad romana (*dominium*), contraer una obligacion *jure civili,* tomar parte en una mancipacion, etc.; en un palabra, gozaba del *jus commercii.*

Además podia ser instituido heredero, recibir un legado y hacer testamento; tenia, pues, la *testamenti factio.*

Bajo el punto de vista del derecho de familia el latino se asimilaba al peregrino: no podia contraer matrimonio legítimo (*justæ nuptiæ*) que produjese los efectos reconocidos por el derecho civil.

Bajo el punto de vista de la adquisicion de la ciudadanía romana tenia el latino ventajas de que no participaba el peregrino propiamente dicho; de modo que podia adquirir el derecho de ciudad ya estableciéndose en Roma, ya por haber ejercido una magistratura en su ciudad natal, ya como recompensa por haber obtenido una sentencia contra un magistrado de Roma convicto de concusion.

En época posterior, el *jus latii* extendióse á muchas ciudades de Italia, de la Galia y de España; desde aquel momento las palabras *jus latii*, *latinus* perdieron su significacion etnográfica y local y pudiéronse aplicar de igual manera á todos los pueblos que gozaban del *jus commercii* y de ciertas ventajas para obtener el derecho de ciudadanía.

Segunda clase.—El *peregrino, propiamente dicho* (*ordinarius* ó *socius*), carecia de derechos políticos y civiles.

Maynz (1) ha precisado exactamente la condicion legal del *peregrinus* en las siguientes líneas: «No podia de ningun modo adquirir derechos conforme al *jus civile*, ni tampoco invocar la proteccion que este derecho aseguraba á los ciudadanos. No se le negaba, sin embargo, aquello que parecia deberse á todos los hombres, abstraccion hecha de la legislacion particular de un Estado, y que se creia estar fundado sobre la equidad natural, *jus gentium*. Considerábase válido el matrimonio del *peregrinus*, pero no producia los mismos efectos que el matrimonio romano (justa nuptia). Tampoco negaban los romanos al *peregrinus* el ejercicio del poder que tiene el hombre sobre los objetos materiales, que llamamos propiedad, *dominium;* mas la propiedad del extranjero gozaba sólo de una proteccion relativa que distaba mucho de ser tan eficaz como la que se concedia al *dominium* del ciudadano romano. Tenia capacidad para contraer obligaciones; no habia dificultad en que, segun el derecho usado en su país, sucediera en los bienes de sus parientes fallecidos sin testamento, ó de otra persona cualquiera que lo hubiese otorgado á su favor; pero no podia, al amparo de estas facultades del derecho, prevalerse de las disposiciones de la ley romana, ni tampoco invocar la proteccion eficaz y absoluta que ofrecia y garantizaba el *jus quiritium*.»

Tercera clase de peregrinos.—Los *dediticios* eran aquellos pueblos que despues de haber tomado las armas contra Roma se habian rendido á discrecion, *qui ut victi sunt, se dediderunt* (Gaïus, G. I, § 14). Ocupan el último grado en la escala de los hombres libres (*pessima libertas*, Gaïus, G. I, § 24), porque perdian su existencia política, su *patria* ú *origo*; no tenian esperanza ninguna de alcanzar la ciudadanía romana, y no podian presentarse en Roma ni en un rádio de cien millas á su alrededor sin que incurrieran en la pérdida de su libertad y de sus bienes. (Gaïus, G. I, § 27.)

Extension del derecho de ciudadanía. — Despues de la guerra social el derecho de la ciudad se difundió por toda la Italia, siendo profusamente concedido por los primeros Emperadores, hasta que por fin Antonino Caracalla lo confirió á to-

---

(1) *Cours. de dr. rom.*, t. I, § 33, p. 84 y 85 (3ª edic.).

dos los pueblos que á la sazon se hallaban sujetos al Imperio. (L. 17, G., *De stat. hom.*, lib. I, tít. V.) Así, pues, en la época de Justiniano no quedaron ya más extranjeros que los bárbaros (1).

TÍTULO IV.

Subdivision de las personas libres en ingénuos y libertos.

Ingénuo es el hombre libre desde su nacimiento, el que no ha sido jamás esclavo. (Instit., pr., lib. I, tít. IV.)

Liberto es aquel que ha sido legalmente esclavo y que ha salido de su esclavitud. (Instit., eod.)

Dos casos hay, sin embargo, en que la esclavitud desaparece sin dejar sello ninguno:

Primer caso.—El ciudadano que cae prisionero es tenido por esclavo; pero si, burlando la vigilancia del enemigo, se restituye á la ciudad, recobra la plenitud de sus derechos, á semejanza de un individuo que reapareciera despues de habérsele creido muerto.

La servidumbre desaparece radicalmente; este beneficio se conoce con el nombre de derecho de retorno (*jus postliminii*).

Segundo caso.—El Emperador, en su omnipotencia, tenia la facultad de convertir á un esclavo en hombre libre ó ingénuo. Ejemplo: cuando concede á un esclavo de la pena la *restitutio natalium*, el *natalitus restitutus* es legalmente ingénuo y goza del *jus ingenuitatis*. (L. 2, G., *De jur. aur. anned.*, libro VII, tít. VIII; L. 2, G., *De nat. rest*, lib. XLIX, tít. XI.) (2).

En qué casos existirá la ingenuidad.—Siendo el ingénuo libre por nacimiento, es preciso averiguar cuándo el niño nace libre para saber si es ingénuo.

---

(1) Véase, para más detalles, M. Van Wetter, *Cours. elément de dr. rom.*, t. I, § 28, p. 171 y 172.

(2) Como la *restitutio natalium* á diferencia del *jus audicarum annulorum*, entrañaba la extincion completa de todos los *jura patronatus*, exigia el consentimiento expreso del patrono ó de sus hijos.—V. *infra.*, lib. I, tít. V, p. 36, nota 1.

Establecemos dos principios:

Primero.—En el matrimonio legítimo el hijo sigue la condicion de su padre.

Segundo.—Fuera de matrimonio legítimo el hijo sigue la condicion de la madre. Este principio sufre una excepcion: el hijo nacido de un peregrino y de una ciudadana romana, entre quienes no existian legítimas nupcias, no nacia ciudadano, segun la ley Meucia, sino peregrino.

Los dos citados principios se completan con las dos reglas siguientes:

Primera.—Cuando el hijo sigue la condicion del padre, su condicion se fija en el instante de ser concebido. (Gaïus, G. I, § 89; Ulpiano, *Reg.*, tít. V, § 10.)

Segunda.—Cuando sigue la condicion de la madre, su condicion se fija en el momento del parto. (Gayo y Ulpiano, los mismos textos.)

Esta doble regla tiene una excepcion que puede formularse así: El hijo concebido se considera como nacido en todos los casos que así convenga á su interés. Esta regla tenia para el hijo el resultado de hacerle mejorar su condicion.

Ejemplo: *en el matrimonio legítimo* la condicion se fija en general en el momento de la concepcion; pero si el padre, peregrino al tiempo de dicha concepcion, se hace ciudadano romano al tiempo del nacimiento, el hijo nace ciudadano romano. *Fuera del matrimonio legítimo*, la condicion se determina en el momento del parto. Sin embargo, puede suceder que la madre sea ciudadana en el momento de la concepcion y peregrina en el momento del parto; en este caso el hijo nace, no peregrino, sino ciudadano romano. (L. 5, § 2, D., *De stat homin.*, lib. I, tít. V.)

Suponiendo el caso de una mujer esclava al tiempo de la concepcion, libre durante su embarazo y caida otra vez en esclavitud al tiempo del nacimiento, se resuelve que el hijo sea libre. (L. 5, § 3, D., *eod tít.*) De suerte, que le basta á la madre un momento de libertad durante la gestacion para que su hijo nazca libre; tales son los principios consignados en la Instituta (pr. lib. I, tít. IV).

TÍTULO V.

De los libertos.

Definicion.—La emancipacion (*manumissio*) es el acto por el cual dá el señor la libertad á su esclavo. El emancipado se llama *libertinus* en oposicion al ingenio; en sus relaciones con el patrono llámase *libertus*.

Modos de la emancipacion.—Son de dos clases: *solemnes* y *no solemnes*.

Modos solemnes de emancipacion ántes de Justiniano.—Con anterioridad al Imperio, tres eran los conocidos: la *vindicta*, el *censo* y el *testamento*. (Gayo. C. I, § 17.)

Primer modo.—La *vindicta* (*vindicta*). Este modo de emancipacion es un proceso ficticio en el que se reivindica la libertad. Las partes comparecen ante la autoridad del Magistrado para que consagre con su fallo el compromiso que ya tienen contraido. Un tercero desempeña el papel de *assertor libertatis*, esto es, afirma que el supuesto esclavo es un hombre libre (*Hunc egó hominem liberum dico*), á lo cual no contradice el diseño. El pretor publica entónces la pretension del demandante conforme á la verdad y declara libre al esclavo segun el derecho de los romanos. (*Aio te liberum more Quiritium.*) Esta declaracion se llama *addictio*. (Ulpiano, Regl, tít. I, § 7.) ¿De dónde procede la palabra *vindicta*? La *vindicta*, llamada tambien *festuca* ó *hasta* es una especie de lanza que, como símbolo de la propiedad, figuraba en todos los procesos de reivindicacion. (Gayo, C., IV, § 16, *in fine*.) El *assertor libertatis*, empuñando esta lanza, parece colocar la libertad del esclavo bajo la proteccion de la fuerza. En este proceso ficticio el Magistrado realiza un acto de *jurisdiccion graciosa ó voluntaria*, no de *jurisdiccion contenciosa*; esta última solo podia ejercerse en ciertos lugares y en determinadas ocasiones, al paso que la primera podia ser ejercida en cualquier parte y en todos tiempos; no es preciso que el Magistrado se halle en su Tribunal. Por esto dicen las Instituciones (§ 2°, lib. I, tít. V)

que cuando los señores pretendian emancipar á sus esclavos podian presentarse al Magistrado cuando fuese al baño ó al teatro. (Gayo, C. I, § 20.)

Del carácter solemne de la vindicta se deducen las consecuencias siguientes:

1º La más ligera irregularidad en el cumplimiento de las formalidades prescritas entraña la nulidad de todo el acto.

2º No se permite la representacion; ni el tutor ni el curador pueden figurar en el acto sustituyendo al menor ó incapacitado.

3º La emancipacion es inmediata y absoluta; no puede hacerse bajo condicion ni á término.

Segundo modo.—El *censo*. El esclavo que, consintiéndolo su señor, se hacía inscribir como ciudadano romano en las tablas del censo cuando se celebraba éste cada cinco años, quedaba libre. (Ulpiano, Reg., tít. I, § 8.)

El censo, como la vindicta, rechaza la condicion y el término. Este segundo modo desapareció en tiempo de Vespasiano.

Tercer modo.—El *testamento*. Puédese legar en él de dos maneras la libertad á un esclavo; directamente ó por persona intermedia.

Directamente cuando el testador dice: *Stichus liber esto*. En este caso no hay intermediario ninguno entre el difunto y el emancipado; el esclavo queda libre de pleno derecho desde el punto mismo en que hay un heredero. Su patrono no es este, sino el testador; por esto se llama *libertus ozcinus*, es decir, liberto de un hombre que ya está en los infiernos. Esta es la *libertas directa*. (Ulpiano, tít. 11, § 7º.)

Por persona intermedia cuando el testador encomienda á un heredero que dé la libertad al esclavo (*fidei commito heredis mei ut iste cum servum manumittat*). En este caso la voluntad del testador es la de trasmitir al heredero la propiedad del esclavo, y por tanto al emanciparlo adquiere los derechos de patronato. Esta es la *libertas fideicommisaria*. (Ulpia. *ibid.*) Nótese que la emancipacion por testamento, á diferencia de la que se hace por la vindicta y el censo, admite que se añada una condicion ó término, de tal suerte que los efectos del le-

gado de libertad se consideren limitados á una determina época ó subordinados á la realizacion de un acontecimiento futuro é incierto. El esclavo cuyo estado se mantiene como suspenso es llamado *statu liber* y pasa interinamente al poder del heredero. (Ulpiano, tít. II, § 1, 2 y 3.)

Modos no solemnes antes de Justiniano.—Los modos no solemnes son la manumision por cartas, entre amigos, por mensajero y otros que indicaremos luego.

Importancia de esta distincion.—Innovaciones sucesivas. —Para dar legalmente la libertad á un esclavo era de absoluta necesidad en el antiguo derecho emplear uno de los tres modos solemnes de manumision, pues de otra manera el esclavo no se hacía libre. Tal fué el primer estado del derecho.

Primer progreso.—El pretor intervino para proteger al esclavo contra los caprichos de su dueño, quien despues de haberle manumitido sin solemnidad ninguna, pretendia sujetarle de nuevo á su potestad y exigirle servicios á que solo está obligado el verdadero esclavo. El que de tal manera habia sido emancipado vivia de hecho como si fuese libre, pero moria esclavo con todas las consecuencias legales de su estado, y lo que es más, quedaba en provecho del dueño todo cuanto habia podido aquel adquirir. (Gayo, C. II, § 56.)

Segundo progreso.—La ley Junia Norbana publicada, segun toda probabilidad el año 671 de Roma bajo el consulado de Junius Norbanus (1), vino á conceder á estos esclavos que vivian como libres una situacion legal, asimilándoles á los latinos y facilitándoles notablemente el acceso á la ciudadanía. Hé aquí de dónde proviene la denominacion de *Latinos Junianos*.

Latinos.—Por su asimilacion con los Latinos.

---

(1) Sic. MM. Demangeat, Cours élément. t. I, p. 188; Accarias, Préc. de dr. rom. 2ª edic. t. I, p. 113, texto y nota 1, Labbé en su curso.—Otros intérpretes colocan la fecha de esta ley en el reinado de Tiberio, año 772 de Roma, siendo cónsules Junius Libanus y Norbanus Flaccus. MM. Ducaurroy. Instit. de Just., t. I, n. 16. Ortolan, Explic. hist. de las Inst. tít. II, n. 65, texto y nota 5: Caqueray, *De la esclavitud entre los romanos*. Rev. histor. de dr. franc. y extranj. t. X, p. 312: Dezobry. *Roma en el siglo de Augusto*, t. I, p. 451, edic. de 1846: Vangerow, *Ueber die Latini Juniani*, § 2: Van Weter, Curso elém. de dr. rom. t. II, § 301 bis, p, 209.

Junianos.—Por la ley Junia que les concedió esta ventaja.

Condicion de los manumitidos Latinos Junianos.—No gozan estos de los derechos políticos ni del *connubium*, pero sí del *jus commercium*, esto es, del derecho de comprar, de vender y de ser propietarios segun el derecho civil. Tambien se le otorga la *testamenti factio* y por consiguiente pueden figurar en la formacion de un testamento como *libripens*, *familiæ emptor* ó testigo y áun como herederos y legatarios. Sin embargo, no pueden aprovechar el beneficio de la institucion ó del legado sino bajo la condicion de que habrán de ser ciudadanos romanos dentro de los cien dias despues de la muerte del testador. Por otro lado, no tienen más que una parte de la *testamenti factio* puesto que no se les permite hacer testamento; mueren como si jamás hubiesen dejado de ser esclavos. Los bienes que constituyen su patrimonio son restituidos al patrono *jure peculii*. (Gayo, G. I, § 23 y G. III, §§ 56 y 58.)

Aparte las dos citadas clases de manumitidos, hay otra tercera introducida por la ley Ælia Sentia (1) que son los libertinos *dediticios*, asimilados á los *peregrini dedititii* de que nos hemos ocupado anteriormente. (V. *supra* págs. 65 y 66.) Esta tercera clase de manumitidos comprende los esclavos que, antes de su emancipacion, sufrieron penas infamantes, como la marca, la tortura, etc. (Gayo, G. I, § 13; Ulpiano, Reg. tít. I, § 11.) Su condicion es humillante (*pessima libertas*) y no tienen medio alguno de mejorarla porque están absolutamente incapacitados para llegar á ser ciudadanos romanos, ni siquiera latinos. (Gayo, G. I, §§ 15, 26 y 27.)

Modos solemnes de manumision en tiempo de Justiniano. De los modos solemnes antiguos de manumision dos subsistieron en vigor; la vindicta y el testamento. (Inst., § 1, lib. I, tít. I.)

Desapareció el censo en tiempo de Vespasiano, pero fué reemplazado en el de Constantino por otro modo solemne, la manumision en las iglesias (*in sacrosanctis ecclesiis*). El due-

(1) Los intérpretes se hallan de acuerdo al fijar la fecha de esta ley en el año 757 de Roma, durante el consulado de Sexto Elio y Gayo Sentio.

ño, ante el obispo y en presencia del pueblo (*adsistentibus christianorum antistibus*) declara que dá la libertad al esclavo. El ministro inscribe el acta de manumision en el registro de la iglesia. (LL. 1, 2, G., *De his qui in eccle.*, lib. I, tít. XIII.)

Modos no solemnes de manumision en la época de Justiniano.—Este emperador no enumera los modos no solemnes de manumision; cita solamente la *inter amicos* y la *per epistolam*. (Inst., § 1, eod.)

Inter amicos.—El esclavo se hace libre por una declaracion del dueño hecha en presencia de algunos amigos. Exígese la concurrencia de cinco testigos, bajo pena de nulidad. Solo se usa de este medio cuando el esclavo está presente. (L. únic., § 2, G., *De lat. lib. soll.*, lib. VII, tít. VI.)

Per epistolam.—El señor escribe á su esclavo ausente participándole que le concede la libertad. Esta carta debe suscribirse por cinco testigos. (L. únic., § 1. C., eod.)

Justiniano alude á otro modo de manumision con estas palabras: *aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem*; con lo que se refiere al codicilo, acto sin solemnidad. Además, añade Justiniano, se adquiere la libertad por otros varios medios introducidos por las constituciones antiguas y modernas. (Inst., § 1, eod.) Así para la manumision resulta principalmente de los actos siguientes: cuando el señor en un acto público dá el nombre de hijo á su esclavo; cuando casa á su *ancilla* con un hombre libre y la dá una dote por instrumento escrito; cuando entrega á su esclavo, delante de testigos, los títulos que certifican su condicion; cuando el esclavo, por voluntad del señor difunto ó del heredero, ha formado en la comitiva fúnebre, cubierta la cabeza con el gorro de la libertad. (L. únic., §§ 5, 9, 10, 11, G., eod.) El alistamiento en el ejército, la atribucion de una dignidad (LL. 6 y 7 G., *Qui milit. pors.*, lib. XII, título XXXIV) y el ingreso en órdenes eclesiásticas (Nov. LXXIII, cap. XVII) son los modos más recientes de manumision. De modo que en tiempo de Justiniano los señores tuvieron muchos medios de dar libertad á sus esclavos; sin embargo, no estaba en su poder manumitirlos de cualquier manera sino que debian hacerlo conforme á una por lo menos de las formalidades legales.

Condicion de los manumitidos en tiempo de Justiniano.—Fueron suprimidas por él las antiguas divisiones de los manumitidos en Latinos-Junianos y dediticios; concediendo, por lo tanto, á todos los manumitidos indistintamente los derechos de ciudadanía. (Inst., § 3, lib. I. tít. V.) Con esta reforma borró las diferencias jurídicas que marcaban la inferioridad social de los emancipados. (Nov. LXXVIII, cap. I y II.) (1).

Diferencias entre el ingénuo y el manumitido.—Aun durante la época de Justiniano la condicion del manumitido se distingue siempre de la del ingénuo por ciertas diferencias de hecho y de derecho.

De hecho el manumitido subsistió en una condicion de inferioridad relativamente al ingénuo. Dedícase aquél al comercio, á la industria, al estudio de las artes, de las letras, etc., profesiones que desdeña el ingénuo considerando el trabajo como una humillacion. El libertino al salir de la esclavitud carece de familia y de patrimonio.

De derecho, la distincion establecida por los derechos de patronato no dejó de subsistir; el patrono conserva derechos sobre la *persona* y sobre los *bienes* del liberto.

1º *Derechos sobre la persona.*—El liberto está ligado á su patrono por todos los deberes comprendidos en la palabra *obsequia*, esto es, deberes de obediencia, de respeto y de gratitud. Así, pues, debe principalmente alimentar á su patrono cuando este viene á parar en la indigencia; no puede demandarle ante los tribunales sin prévio consentimiento del magistrado (Instituta, § 12, lib. IV, tít VI), ni tampoco intentar contra el patrono una accion infamante bajo pena de revocacion de la libertad (L. 11, § 1, D., *De dol. mal.*, lib. IV, tít III); si quiere darse en arrogacion á un tercero debe pedir el consentimiento á su patrono. (L. 15, § 3, D., *De adopt.*, lib. I, tít. VII.)

El liberto debe prestar ciertos servicios, como por ejemplo, faenas domésticas, trabajos manuales, objetos de arte, etc., estos servicios se llaman *operæ*; y no son exigibles por el señor

---

(1) La inferioridad de los manumitidos continuó manifestándose en el derecho público, por la privacion del *jus honorum* y la exclusion de los *sacerdotia* y del Senado. V. M. Willems, *Dr. púb. rom.*, 3ª edic., p. 102, texto y nota 5.

sino cuando se han estipulado expresamente, como una condicion de la libertad en el acto de la manumision.

2º *Derechos sobre los bienes.*—Cuando el liberto fallece, todos los bienes que constituyen su patrimonio pertenecen al patrono ó á sus herederos *jure peculii* (1). (Inst., § 4, lib. III, tít. VII.)

TITULO VI.

Por quién y por qué causa no se puede manumitir.

Caractéres generales de la manumision.—La manumision es un acto público y privado.

Es acto público: en cuanto hace ingresar en la ciudad á un miembro nuevo que aumenta el número de los hombres. De donde proviene, para el acto de la emancipacion, la necesidad de que intervenga la ciudad, representada por el magistrado, por el censor, por el pueblo ó los lictores, por los testigos, y últimamente por el obispo, segun que la manumision tenga lugar *vindicta*, *censu*, *testamento* ó *in sacrosanctis ecclesiis*. Este carácter originario desaparece cuando se conceden los derechos de ciudad á todos los manumitidos sin distincion; porque desde aquel momento las manumisiones se verifican sin el concurso de la autoridad pública.

Es un acto privado: en cuanto con ella desaparece una parte del patrimonio del dueño, y se extingue un derecho de propiedad: por esto la manumision requiere la vénia del señor.

Esta regla tiene alguna excepcion. Algunos esclavos adquieren la ciudadanía contra la voluntad de su dueño. Una ley

---

(1) Observamos que el *jus aureorum annulorum*, otorgado por el Emperador, solo concede al manumitido las ventajas de la ingenuidad en sus relaciones con terceras personas y como individuo de la sociedad; pero deja subsistente, á diferencia de la *restitutio natalium*, todos los derechos del patrono, ya á la sucesion, ya á los *obsequia* del liberto; para la concesion del *jus annulorum* no era preciso el consentimiento expreso del patrono; bastaba que no se opusiere á ella. (L. 3, D., *De jur. aur. annul.* lib. XL, tít. X.) V. supra, lib. I, tít. IV, p. 68, nota 1.

inserta en el Digesto, lib. XL, tít. VIII, lleva este título: *De his qui sine manumissione ad libertatem pervenerunt.* Ejemplo: 1º Un edicto del Emperador Claudio autoriza al esclavo cuyo señor haya tenido la inhumanidad de abandonarlo estando enfermo, para que acuda al magistrado y este le conceda la libertad. (L. 2, D., eod.) 2º El esclavo se hace tambien libre de pleno derecho cuando fué vendido á condicion de que el comprador le manumitiria despues de cierto plazo. (L. 3, D., eod.) 3º Tambien se hace libre el esclavo que descubre al asesino de su dueño. (L. 4, D., eod.) 4º El esclavo que durante diez años goza con buena fé y justo título del estado de hombre libre adquiere la libertad por esta posesion continuada.

¿Quién puede manumitir?—Solo aquel que tiene la plena propiedad del esclavo, la capacidad para enajenar y la cualidad de ciudadano.

Plena propiedad.—Así el usufructuario de un esclavo no puede concederle válidamente la propiedad con perjuicio de los derechos del propietario; lo mismo se dirá del acreedor pignoraticio, etc.

Capacidad para enajenar.—Los mentecatos, las mujeres, los impúberes no pueden manumitir sin el consentimiento de su tutor ó curador.

Cualidad de ciudadano.—El peregrino que manumite á uno de sus esclavos no hace más que un liberto peregrino; si es latino el manumisor, será un liberto latino.

Hay señores que siendo *propietarios, capaces para enajenar* y *ciudadanos romanos* no pueden, sin embargo, manumitir; estas restricciones se hallan contenidas en dos leyes; la *Ælia Sentia* y la *Furia Caninia.*

Ley Ælia Sentia.

Esta ley, que data de Augusto, año 757 de Roma, en el Consulado de Sextus Ælius y Gaïus Sentius, tuvo por objeto poner límites á las manumisiones que se habian multiplicado excesivamente.

Las disposiciones de dicha ley puédense reducir á cuatro puntos: Dos relativos al manumitido y otros dos relativos al manumisor.

Puntos relativos al manumitido.

Primero.—El esclavo no puede ser *menor de treinta años.* Si no ha cumplido esta edad no puede ser manumitido más que por la vindicta mediante justo motivo de manumision aprobado por un consejo (*apud consilium, justa causa approbata*). La manumision concedida contra la regla precedente no es de todo en todo nula, pero es imperfecta; el liberto no será ciudadano romano sino que se asimila á los peregrinos latinos. (Gayo, C. I. § 2.)

Segundo.—El esclavo que durante su servidumbre ha sido aherrojado, marcado con el hierro candente ó sometido al tormento por un delito del que ha venido á ser convicto, llevado á los combates del Circo, ó puesto en prision no puede ser ciudadano romano por la manumision, ni siquiera liberto latino sino asimilado á los peregrinos dediticios. (Gayo, L. I. § 13.)

Suprimidos los libertos latinos y dediticios al concederle Justiniano los derechos de ciudadanía quedaron derogados estos dos principios de la ley *Ælia Sentia.*

Relativamente al manumisor.

Primero.—Hace un acto nulo el señor que manumite al esclavo en *fraude de los acreedores* (*in fraudem creditorum*); el esclavo no alcanza la libertad. Sucedia que los acreedores que por la accion *Pauliana* podian hacer revocar los actos que el deudor practicaba en fraude de sus derechos (D., lib. XLII, tít. LXXXI), no tenian recurso alguno para atacar las manumisiones hechas en iguales circunstancias, pues era un principio entre los romanos que una vez concedida la libertad no podia ya ser revocada (*liberta semel percepta mumquam revocatur*). Para salvar este principio era preciso declarar nula y como no realizada la manumision, de modo que no habia por qué revocar una libertad que jamás se habia concedido; he aquí lo que hizo la ley Ælia Sentia. Tan justa pareció esta disposicion que hubo de extenderse á los peregrinos. (Gayo, C. 1, § 47.)

En qué casos se aplica esta ley. La palabra *fraus* se compone de dos elementos: un elemento *material* y otro *moral.*

1° Elemento material: es el perjuicio (*damnum, eventus damni* ó simplemente *eventus*) que proviene de la manumision; y este perjuicio existe realmente solo cuando la manumision de que se lamenta el acreedor da orígen ó aumenta la insolvabilidad del deudor. (Instit. § 3, lib. I, tít. VI.) El acreedor prueba esta insolvabilidad secuestrando los bienes del deudor y haciéndolos vender judicialmente (*bonorum venditio*). En un principio se sostenia que esta condicion bastaba por sí sola para motivar la aplicacion de la ley Ælia Sentia; pero Justiniano nos demuestra que no prevaleció esta opinion. (Instit. § 3, eod.)

2° Elemento moral: Es la intencion (*consilium*) esto es, la conciencia que tiene el dueño del perjuicio que causa á sus acreedores. Ejemplo: si un señor emancipa á un esclavo ántes de tener noticia de un suceso que le arruina, la manumision no pierde su validez, aunque sea perjudicial para los acreedores; porque se realizó sin fraude. (L. 10, D., *Qui et á quib.*, libro LX, tít. IX.) No es preciso, pues, que el dueño haya tenido la intencion de perjudicar á sus acreedores; basta que tuviera conciencia de que por esta manumision se volvia insolvente ó aumentaba su insolvabilidad.

¿A quién aprovecha la disposicion de la ley Ælia Sentia?—Relativamente al dueño (*manumissor*) ó á sus herederos la manumision es válida porque la ley Ælia Sentia no tuvo la mira de protejer el interés del deudor. Resulta, pues, que si este se rehabilita, si los acreedores se dan por satisfechos en una forma cualquiera, el manumitido alcanza su libertad y la manumision producirá todos sus efectos. La ley Ælia Sentia no establece, pues, otra cosa que una nulidad relativa en interés de los acreedores que se ven lastimados por la manumision. (L. 7, C., *De líb. caus*, lib. VII, tít. XV.)

¿Dentro de qué término puede invocarse esta nulidad? Los acreedores deben ejercitar la accion de la ley Sentia dentro un término que, segun todas las probabilidades, puede fijarse en diez años. (L. 16, § 3, D., *Quid et á quib.* lib. XL, tit. IX.) (1)

---

(1) Sic. MM. Ortolan. Explic. hist. de la Inst. tít. II núm. 72; Demangeat, Cours elem. de dr. rom., t. I, p. 200: Labbé y Gide, en sus cursos.—Sin embargo, M. Acca-

Excepcion á este extremo de la ley Ælia Sentia.—Con el fin de favorecer al dueño y no al esclavo se ha introducido una excepcion á este principio de la ley *Ælia Sentia* que prohibe al deudor insolvente dar la libertad á su esclavo. Una disposicion de dicha ley resolvió que la *manumissio in fraudem creditorum* tuviese validez en el caso de que el señor hubiese manumitido á su esclavo por testamento instituyéndole heredero.

Entre los romanos teníase por deshonroso morir sin dejar heredero, y por esto se ponia gran cuidado en procurarse un continuador de la persona. Por otro lado, cuando un deudor insolvente moria sin heredero, sus acreedores se hacian inmitir en posesion de su herencia y vendian los bienes bajo el nombre del difunto. Esta venta era considerada como una injuria á la memoria del deudor.

Para poner remedio á estos dos inconvenientes, estableciόse que el esclavo instituido heredero por su señor no pudiese repudiar la herencia y fuese heredero necesario (*hæres necessarius.*) Los bienes del difunto eran vendidos entónces á nombre del esclavo, sobre quien recaia la infamia de aquella sucesion deficiente. Mas era preciso para dar lugar á esta derogacion: 1º Que todas las demás personas instituidas junto con el esclavo ó en su defecto no pudieran ó no quisieran hacer adicion. (Instit., § 1º, lib. I, tít. VI), pues en otro caso no sería necesario, para evitar la deshonra del difunto, que heredase el esclavo; 2º Que el dueño insolvente no manumitiese ni intituyese más que un solo esclavo. Si pues el señor habia instituido herederos á dos de sus esclavos, solo se hacía libre el primer instituido; el segundo continuaba en esclavitud. Pero si la manumision se habia hecho de tal manera que fuese imposible decir cual de los dos esclavos habia sido primeramente instituido, ni uno ni otro quedaban libres. (L. 60, D., *De hered. inst.*, lib. XXVIII, tít. V.)

Era condicion necesaria en el testamento donde se instituia heredero á un esclavo que la voluntad de manumitir se mani-

---

rias, Préc. de dr. rom. 2ª edic., núm. 71, p. 136, sostiene que el derecho de los acreedores es perpétuo y se funda en que siendo nula de pleno derecho la manumision *in fraudem* no cabe la posibilidad de que sea válida durante un determinado tiempo.

festara *expresamente*. Así lo exigian los antiguos jurisconsultos (Ulp. *Regl.* tít. XXII, §. 12); pero Justiniano resolvió, interpretando equitativamente la voluntad presunta del testador, que bastaba nombrar heredero á un esclavo para que se entendiese concedida la libertad. La institucion entraña, pues, la manumision. (Instit. § 2 eod.)

Segundo.—El manumisor debe tener determinada edad, esto es, no debe ser *menor de veinte años*. Cuando se falta á esta condicion el acto es absolutamente nulo, exceptuando solo el caso en que un manumisor, sin llegar á la edad exigida, tenga justos motivos para manumitir, á bien que áun así se requiere que la *justa causa mnumissionis* sea préviamente aprobada por un consejo y que el acto se verifique por un modo especial, cual es la *vindicta*. (Instit. § 4; eod.)

¿Cuáles son las justas causas de manumision? Justiniano, sin darnos una enumeracion completa, cita solo algunos ejemplos. El consejo tiene acerca de este punto una facultad discrecional de apreciacion. Así, por ejemplo, existe justa causa de manumision cuando trata el señor ó señora de manumitir á su padre, madre, hijo ó hija, á su hermano ó hermana naturales, á su preceptor, á su nodriza ó al marido de ésta, al que amamantó, á su hermano de leche, á un esclavo que trate de nombrar procurador ó á una esclava con quien pretenda casar. (Gayo. C. I, §§ 19 y 39; L. 11, 12 y 13, D., *De manum. vind.*, lib. LX, tít. II.)

El esclavo manumitido *procuratoris habendi gratia* debe tener á lo ménos diez y siete años, pues que se requiere dicha edad para estar en juicio, ya en calidad de actor ya en la de demandado. La esclava manumitida *matrimonio habendi causa* solo es libre si el matrimonio se realiza dentro de seis meses.

Organizacion del Consejo.—En Roma se componia de cinco senadores y cinco caballeros romanos púberes; en las provincias de veinte *recuperatores* tambien ciudadanos romanos; la presidencia del Tribunal correspondia en Roma al cónsul ó al pretor; en las provincias al gobernador. (Gayo, C. I, § 20.) Este consejo no era permanente; en Roma solo se reunia en determinados dias del año; en las provincias el magistrado seña-

laba turnos. El último dia del Tribunal (*conventus*) se consagraba generalmente á las manumisiones. La libertad no se revocaba una vez aprobada por el consejo la causa, fuese verdadera ó falsa; tal era el principio dominante. *Libertas semel data non revocatur*. (Instit. §. 6, lib. I, tít. VI. L. 9, § 1, D., *De manum. vind.*, lib. XL, tít. II.)

Reformas de Justiniano en esta materia.—El individuo de catorce años puede hacer un testamento y disponer de todos sus bienes; sin embargo, si es menor de veinte años no se le permite dejar la libertad á un solo esclavo. Justiniano, que vió en esto una peligrosa anomalía quiso resolverla, mas no penetró bien el espíritu de la ley *Ælia Sentia*. (Instit. § 7, lib. I, tít. VI.) En efecto, Justiniano dejó de tomar en cuenta los intereses de la ciudadanía que cuidaba de proteger la ley *Ælia Sentia*. Aquel que dispone de sus bienes por testamento no puede lastimar á nadie más que á sí propio, miéntras que por el contrario, quien otorga indiscretamente la cualidad de ciudadano á individuos que son indignos de merecerla, pone en peligro la seguridad del Estado. No borró, sin embargo, Justiniano esta anomalía en un momento. Aunque se pudo testar á los catorce años, no consintió el Emperador la manumision por testamento ántes de la edad en que se puede postular por otro, esto es, á los diez y siete años cumplidos. La inconsecuencia no dejó pues de existir, hasta que la novela CXIX (cap. II), vino á borrar por completo las distinciones.

Nótese que la disposicion de la ley *Ælia Sentia* quedó vigente por lo que se refiere á las manumisiones *entre-vivos*. El menor de veinte años que quiere manumitir á su esclavo debe justificar ante el pretor una causa legítima de manumision.

TITULO VII.

De la ley Furia Caninia.

Esta ley data, con escasa diferencia, de la misma época (año 761 de Roma) que la ley *Ælia Sentia* y está inspirada en el mismo espíritu.

Cuál es el objeto de esta ley.—No se aplica más que á las manumisiones *por testamento.* Cuando el señor concede la libertad á un esclavo por acto entre-vivos, se despoja de presente de una propiedad, disminuye su patrimonio; en este caso el interés propio del señor es la más segura garantía de la discrecion con que realizará esta clase de manumisiones. Por el contrario, en la manumision testamentaria no hace ningun sacrificio, el interés personal no le contiene, y puede por tanto mostrarse más fácilmente generoso.

Esta consideracion explica sobradamente el objeto de la ley Furia Caninia, que restringió dentro de ciertos límites las manumisiones testamentarias, dejando en completa libertad las que se hicieren entre-vivos. (Gayo. C. I. § 42 á 45; Ulp. Regl. tít. I, § 24.)

Extremos contenidos en la ley Furia Caninia.—Son dos: uno relativo á la limitacion del número de manumisiones, otro á la designacion de los manumitidos.

Primer punto.—Limitacion del número de manumisiones.— Esta limitacion no se aplica cuando el dueño no tiene más que uno ó dos esclavos; si tiene tres, puede manumitir dos; de cuatro á diez, la mitad; de diez á treinta, el tercio; de treinta á ciento, la cuarta parte; de ciento á quinientos, la quinta. Por último, sea cual fuere el número, no puede nunca el señor libertar por testamento más de cien esclavos.

¿Qué sucede cuando las manumisiones exceden el número legal? Por ejemplo: el testador tiene diez esclavos y manumite ocho, es decir, tres más de los que la ley permite; en este caso los cinco primeramente inscritos serán libres y los tres últimos permanecerán en esclavitud. La manumision es para ellos nula. ¿Qué se resolverá cuando un testador que ha ma-

numitido gran número de sus siervos ha escrito los nombres formando un círculo, *in orbem*, con el propósito de que no se pueda conocer cuáles son los primeros y cuáles los últimamente inscritos? En este caso la manumision es nula para todos, y ninguno adquirirá la libertad. (Gayo, C. I, § 46).

Segundo punto.—El esclavo debe ser manumitido *nominativamente*, esto es, designado por su nombre, ó á lo ménos por los servicios que suele prestar, como por ejemplo: cuando el testador dice: «Manumito á mi intendente (*meus dispensator*) á mi administrador (*meus obsonator*).» Estas indicaciones son suficientes, pues que no pueden dar lugar á dudas. Es nula toda manumision concebida en términos generales, como lo sería la siguiente: «Liberto de servidumbre á todos los esclavos que poseo en tal provincia, ó bien: todos los esclavos que me pertenecen por herencia de mi padre.» (Gayo, C. II, § 239; Ulpiano, Regl., tít. I, § 24).

Reforma de Justiniano.—Este Emperador cometió en este punto el mismo error que en la interpretacion de la ley Sentia; considera como anomalía una disposicion muy prudente y declara contrario á la humanidad que se quite á los que mueren la libertad de manumitir á todos sus esclavos cuando se concede á los vivos, sin tener en cuenta que las disposiciones testamentarias han sido siempre más severamente reglamentadas por la legislacion que las disposiciones entre vivos.

Justiniano derogó la ley Furia Caninia. (Instit., *pr.* lib. I, tít. VII).

TÍTULO VIII.

Segunda clasificacion de las personas en «sui juiris» y «alieni juris.»

Esta nueva division de las personas se refiere al derecho privado, considerando á los individuos en sus relaciones de familia.

Son personas *sui juris* las que no dependen más que de su propia voluntad.

Son *alieni juris* aquellas que se hallan sometidas á la potestad de otro.

Segun el sexo á que pertenecen las personas *sui juris*, son *patres familias* ó *matres familias*; sin embargo, estas palabras no suponen de ningun modo la cualidad de padre ó de madre, sino únicamente la de jefe ó cabeza de una casa; de manera que puede ser uno *pater familias* desde su nacimiento; basta para ello no pertenecer á ninguna otra familia. (L. 4, D., *De his qui sui vel alien. jur.*, lib. I, tít. VI).

En cuanto á las personas *alieni juris*, el antiguo derecho las dividia eu cuatro clases: el esclavo, sometido á la potestad dominical; el hijo de familia, sometido á la patria potestad; la mujer *in manu*, esto es, la que se halla bajo la potestad del marido ó de un tercero; y por último, la persona *in mancipio*, esto es, la persona libre sometida á la potestad de otra igualmente libre, á la cual ha sido dada por mancipacion. (Gayo, C. I, § 49).

La *manus* y el *mancipium* desaparecieron en la época de Justiniano, lo cual explica el silencio que se observa en las Instituciones sobre ambos puntos; (pr., lib. I, tít. VIII). Sólo quedaron subsistentes la potestad dominical y la patria potestad.

DE LA POTESTAD DOMINICAL.

Su carácter.—Este poder es de derecho de gentes (Instit. § 1 eod.).—De este principio se deduce que un peregrino puede tener esclavos lo mismo que un ciudadano romano; y por otro lado, que los modos de trasmitirse la propiedad, segun el derecho de gentes, son aplicables á la trasmision de los esclavos.

Latitud de la potestad dominical.—Abraza lo mismo la *persona* que los *bienes* del esclavo.

Sobre la persóna.—En el derecho primitivo el poder del señor es ilimitado; tiene sobre su esclavo el derecho de vida y muerte. (L. 1, D., *De his qui sui*, lib. I, tít. VI). Con el Imperio comenzaron á dulcificarse un poco las costumbres; en

tiempo de Augusto (1) y año 764 de Roma, la ley Petronia privó al señor del derecho de condenar al esclavo, por su propia autoridad, á combatir con las fieras. (L. 11, § 2, D., *Ad leg. Cornel. de sic.*, lib. XLVIII, tít. VIII). Claudio concedió la libertad á los esclavos abandonados por sus señores *ob gravem infirmitatem*, y castigó en los últimos la muerte de un esclavo como el homicidio de un hombre libre. (Suetonio, *claud.*, 25). Adriano prohibe al señor, sean cualesquiera los agravios que tenga, dar la muerte á su esclavo sin sentencia del magistrado, y sabemos por un fragmento de Ulpiano (L. 2, D., *De his qui sui vel al. jur.*, lib. I, tít. VI), que aquel Emperador condenó á cinco años de destierro á una dama que por frívolos motivos habia maltratado á sus esclavas. Antonio Pío introdujo nuevas reformas. Declara en una primera Constitucion que aquel que sin motivo *(sine causa)* matare á su esclavo será castigado como el matador del esclavo ajeno, á saber: con la deportacion y confiscacion de todos sus bienes y áun con la muerte, segun sea el matador *homo honestus ú homo humilis*. (Instit., § 2, lib. I, tít. VIII). Y por otra Constitucion quiso reprimir los malos tratamientos, el excesivo rigor del dueño contra sus esclavos *(intolerabilis injuria, major asperitas)*. Permite á los esclavos que vayan á refugiarse en los templos junto á las estátuas de los dioses ó del Emperador, como lugares de asilo. El magistrado, que es en Roma el prefecto de la ciudad, examina los agravios que alega el señor, y si no los juzga fundados puede obligarle á vender el esclavo en buenas condiciones *(bonis conditionibus)*, de suerte que reciba el dueño una indemnizacion suficiente, mas sin poder continuar en el contrato de venta cláusulas desfavorables al esclavo, como lo serian, por ejemplo, las de que no podrá ser manumitido, ó que se le ocupará sólo en trabajos mal sanos. (Instit., § 2, *eod.*).

---

(1) Sic. MM. Ortolan, t. II, n. 89: Demangeat, t. I, p. 248: Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 301 bis, p. 202: Villequec, ***De l' esclavage chez les Romains***, ***Rev.*** *hist. de dr. franç. et etrang.*, t. X, p. 220: De Champagny ***Les Césars***, t. II, p. 61: Maynz, *Cours. de dr. rom.*, t. III, § 417, p, 106; M. Wallon (***Hist. de l' esclav. dans l' antiquité***, t. III, p. 61), coloca la fecha en tiempo de Neron, año 814. Comp. M. Accarias, ***Prèc. de dr. rom.***, 2ª edic. t. I, nº. 39, p. 79.

Segun las Constituciones de Constantino, está prohibida la exposicion de los niños esclavos, y se hace libre un esclavo cristiano cuando lo adquiere un judío. (L. 1, C. Th., *De expos.*, lib. V, tít. VII; L. 1 y 2, G., *Ne christ. mancip.*, lib. I, tít. X). Por último, á tenor de una Constitucion de Teodosio y Valentiniano, la mujer esclava, prostituida contra su voluntad por el señor, se hace libre. (L. 6, C., *De spect.*, lib. XI, tít. XL).

A pesar de tales reformas, el señor conservó siempre el derecho de castigar (*castigatio*). Si el esclavo muere á consecuencia de un castigo rigoroso, nada debe temer el señor, puesto que no tuvo la intencion de matar. (C., *De emendat. serv.*, lib. IX, tít. XIV).

Tal era el estado del derecho en tiempo de Justiniano.

Sobre los bienes.—Todas las adquisiciones hechas por el esclavo aprovechan á su dueño. Todavía en el último período del Derecho romano encontramos esta incapacidad del esclavo para ser propietario; no varió en nada el principio al introducirse los peculios (*peculia*). (Instit., § 1, *eod.*).

Diferencias en la condicion de los esclavos.—Segun la Instituta, no existe ninguna (§ 5, lib. I, tít. III); pero esto no es exacto.

De hecho hay numerosas clases de esclavos. Así, unos están dedicados á los trabajos del campo; otros á las profesiones manuales, al comercio, á la industria ó al estudio de las artes liberales. Alguno es intendente (*ordinarius*) y ejerce una especie de autoridad sobre los demás esclavos puestos á sus órdene (*peculiares* ó *vicarii*) (1). Sin embargo, estas diferencias dependen de la voluntad del señor, que con una sola palabra puede cambiar la condicion del esclavo.

De derecho hay tambien variedad entre los siervos. Así los esclavos *sine domino*, en cuya categoría se comprenden los *servi pœnæ* y los *servi derelicti*, son incapaces, por lo mismo que no tienen dueño, de tomar parte en un acto jurídico, y no tienen esperanza ninguna de ser manumitidos. Es el último grado de la esclavitud. (L. 17, pr., D., *De pœnis*, lib. XLVIII,

(1) Véase, para más detalles, M. Ch. Dezobry, *Roma en el siglo de Augusto*, t. I, p. 430 y sig. (edic. de 1846).

tít. XIX). Los esclavos que se hallan colocados en una condicion media, esto es, aquellos que tienen un señor, del cual reciben la personalidad para figurar en los actos jurídicos, pueden librarse de la servidumbre por la emancipacion. Otros hay que pertenecen á una clase más favorecida; tales son los esclavos públicos *(servi publici)*, que desempeñan cargos más elevados, como el cuidado de los caminos, la vigilancia de las cárceles, la recaudacion de impuestos, etc. Permítese á estos esclavos tener un peculio y disponer por testamento de la mitad de sus bienes. (Ulpiano. Regl., tít. XX, § 16). Otros esclavos son libres por destinacion. (*Statu liberi.*) Ejemplo: Yo hago un testamento en el cual manumito á un esclavo bajo la condicion de que habrá de levantarme un panteon; á mi muerte caerá el esclavo en la potestad de mi heredero, más en cuanto haya colocado la última piedra del mausoleo quedará libre. Hasta entónces hay una esperanza de libertad que constituye una especie de derecho.

Disolucion de la potestad dominical.—Cesa esta potestad cuando concurre una ú otra de las circunstancias, que segun acabamos de ver hacen libre al esclavo (1).

APÉNDICE.

De los colonos.

Los *colonos*, que se conocen con los diversos nombres de *coloni*, *agricolæ*, *inquilini*, *tributarii*, *originarii*, *adscriptitii vel censiti* y otros análogos, constituyen una clase intermediaria entre los hombres libres y los esclavos. Son capaces de tener derechos, y sobre todo de ser propietarios, como tambien de testar y de suceder *ab-intestato;* pero son *servi terræ*, adscritos al terruño, no sólo ellos sino sus mujeres é hijos; de suerte que cuando se traspasa la propiedad de la tierra el colono sigue á esta; no se puede vender la una sin el otro. El colono paga al propietario un cánon fijado por un contrato ó por la costumbre, y consistente por lo general en frutos (*an-*

(1) Véase más arriba, p. 69 y siguientes.

nua, functio, reditus) (1). (L. 1, C. *De colon. Thrac.*, lib. XI, tít. LI).

La cualidad de colono se adquiere: 1° Por el nacimiento; 2° Por la prescripcion de treinta años; 3° Por convencion, á lo ménos despues de Justiniano; 4° y último, por una disposicion legislativa.

La cualidad de colono se acaba: 1° Por la manumision; 2° Por la prescripcion de treinta años; 3° Por la elevacion al episcopado.

TITULO IX.

De la pátria potestad.

Carácter de la pátria potestad.—Es de derecho civil y por tanto exclusivamente propia de los ciudadanos romanos, en lo que se distingue de la potestad dominical. (Instit., §. 2, libro I, tít. IX.) Es propia solo de los hombres, las mujeres no la tienen jamás. No está creada bajo una mira de proteccion al hijo sino para el interés del padre y con un objeto político (2).

Sobre quién se ejerce la pátria potestad.—El padre tiene poder:

1° Sobre todos los hijos habidos en su consorte (*ex te et uxore tua*) y sobre todos los hijos ó ulteriores descendientes de uno de los hijos de familia por consecuencia de un matrimo-

---

(1) Véase sobre el orígen y causa del desarrollo de esta institucion MM. de Savigny, disertacion traducida al francés por M. Pellat (Trémis, t. IX, p. 62 y siguientes); Guizot, *Cours d'hist. moderne*, tít. IV, p. 230 y sig.; Guérard, *Polyptique d'Irminon* t. I, p. 22 y sig.; Giraud, *Essay sur l'histoire du dr. franc. au moyen âge*, p. 148 y sig.; Michelet, *Memoires de l'Academie de sciences morales et politiques*, t. III, p. 655; Laboulaye, *Hist. du dr. de propieté foncière en Occident*, p. 115 á 119; Laferrière, *Hist. du dr. franc.*, t. II, p. 435 y sig.: Revillont, *Revist. hist. du dr. franc*, t. II, p. 417 y t. III, p. 209; M. de Fresquet, t. I, p. 110 y sig; Rivière, *Hist. des instit. de l'Auvergne*, t. I, p. 73 y sig.

(2) Véase acerca de este punto, M. Accarias, *Préc. de dr. rom*, 2ª edic., t. I, n. 75 páginas 142 y 143.

nio legítimo (*ex filio et uxore ejus*).—Los hijos nacidos de la hija no entran jamás en la familia de su madre, sino que pertenecen á la de su padre ó á la de su abuelo paterno. (Instit., § 3, eod.)

2º Sobre los hijos legitimados.

3º Sobre los adoptados.

Efectos de la pátria potestad (1).—Son distintos segun se refieran á la persona ó á los bienes de los hijos.

Relativamente á la persona.

En el antiguo derecho el padre de familia, propietario de sus hijos, como lo era de sus esclavos, tenía sobre aquellos: 1º el derecho de vida y muerte: (L. 10, C., *De patr. potest.*, lib. VIII, tít. XLVII); 2º el derecho de venderlos, enajenarlos, darlos en prenda segun su arbitrio y sin restriccion ninguna. (Gayo, C. I, § 132 y C. IV, § 79); 3º el derecho de abandonarlos en reparacion de un perjuicio que hubiesen causado á un tercero; tal era la entrega en *noxa*. (Gayo, C. IV, §§ 75 y 79).

En tiempo del Imperio y á medida que se dulcificaron las costumbres, fuese modificando esta potestad.

Respecto al derecho de vida y muerte:—Trajano y Adriano castigan severamente á los padres que maltratan á sus hijos. (L. 5, D., *Si á parente*, lib. XXXVII, tít. XII; L. 5, D., *De leg. Pomp.*, lib. XLVIII, tít. IX.). Alejandro Severo quita á los padres el derecho de castigar por sí mismos á sus hijos, de modo que cuantas veces quieran imponerles un castigo más grave que una simple correccion es preciso que acudan á exponer sus quejas ante un Magistrado. Por último, Constantino impone al padre que hiere á su hijo la misma pena que al hijo que hiere á su padre. (L. 1ª, C., *De his qui parent.*, lib. IX, título XVII.)

Respecto á la venta del hijo:—Antonino Caracalla declara ilícita y deshonrosa la mancipacion del hijo por el padre.

(1) Consúltese acerca de este punto M. Sumner Maine, *l'Ancien droit*, traducido del inglés por M. Courcelle-Seneuil, p. 130 y sig.

(L. 1ª, C., *De liber. caus.* lib. VII, tít. XVI.). Diocleciano declara nula dicha emancipacion. (L. 1ª, C., *De patr. qui filios suos distr.*, lib. IV, tít. XLIII.) Constantino permite al padre que venda el hijo en un solo caso, y es cuando se viese obligado á ello por una extrema necesidad y con la condicion de que la venta habrá de tener lugar en el momento de nacer el hijo *(sanguinolenti)* (L. 1ª, C. Th., *De his qui sang.*, lib. V, título VIII.) Esta constitucion de Constantino fué mantenida por los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, y más tarde confirmada por Justiniano. (L. 2ª, C., *De patr. qui fil. distr.*, lib. IV, tít. XLIII.)

Respecto á la entrega en «noxa.»—Justiniano suprimió expresamente la entrega noxal del hijo de familia, que ya se habia suprimido ántes por la costumbre. (Instit., § 7, lib. IV, tít. VIII) (1).

Relativamente á los bienes.

En la época de la República cualquiera adquisicion hecha por el hijo aprovecha al padre de familia.

En la época del Imperio se modifica este principio. En ciertos casos el hijo de familia tiene capacidad para ser propietario y acreedor por cuenta propia y para poseer un verdadero patrimonio (*peculium*) (2).

Observaciones.—La pátria potestad no anula en modo alguno la capacidad jurídica del hijo de familia, sino que tan sólo la suspende al efecto de asegurar la unidad de dicrecion dentro del hogar doméstico. Así:—1º el hijo de familia goza del *commercium* (3), puede practicar todos los actos de la vida civil á excepcion del testamento (4); por ejemplo: se obliga válidamente, pero como no puede obligar al jefe de familia, la obligacion que haya contraido no será eficaz en realidad hasta que llegue á ser *sui juris*;—2º el hijo de familia goza del *con-*

---

(1) Véase más abajo, lib. IV, tít. VIII.
(2) Véase más abajo, lib. II, tít. IX.
(3) Véase *supra*, lib. I. tít. III, p. 60.
(4) Véase *infra*, lib. II, tít. XII.

nubium (1) y del derecho de agnacion;—3º bajo el punto de vista del derecho público el hijo de familia se asimila á un *pater familias*; tiene capacidad para ejercer magistraturas, votar en los comicios y desempeñar una tutela, pues se considera como cargo público (2).

TITULO X.

De las nupcias.

Definicion.—Entiéndese por justas nupcias la union del hombre y la mujer, estableciendo entre los consortes una vida comun inseparable (*individuam vitæ consuetudinem continens*). La condicion es de igualdad; la mujer participa del rango y posicion social de su marido.

De los esponsales.—Llámase así (*sponsalia*) la promesa (*sponsio*) mútua que se dan los futuros cónyuges de unirse por el matrimonio. Generalmente hablando, la validez de los esponsales exige que concurran las mismas condiciones que para el matrimonio se requieren (V. *infra*, p. 94 y sig.) Sin embargo, los impedimentos que nacen de una causa temporal ó transitoria, tales como la impubertad ó las funciones públicas, no son obstáculo para los esponsales. Además las hijas de familia pueden ser obligadas por su padre á contraer esponsales contra su voluntad; pero no se las puede casar sin su consentimiento. (LL. 11 y 12, *De spons.*, lib. XXIII, tít. I.)

Relativamente á sus efectos, la obligacion creada por los esponsales es puramente moral, y por lo mismo, no se puede compeler á cumplirla ni directa ni indirectamente. Pcr esto no se permite garantir el futuro matrimonio de los prometidos por medio de una *stipulatio pœnæ*, que hubiera sido una coaccion de la libertad de los desposados. Sin embargo, solíanse

---

(1) Véase *supra*, lib. I, tit. III, p. 60 é *infra*, lib. I, tít. X.
(2) Véase *infra*, lib. I, tít. XIV.

muchas veces acompañar los esponsales de arras, donaciones ó presentes, recíprocos ó no. Si el matrimonio no se realizaba, la parte que por su culpa impedia la celebracion, perdia las arras entregadas ó restituia el duplo de las que hubiese recibido; no se aprovechaba de las donaciones que se le habian hecho, ni podia repetir aquellas que hubiese otorgado. (L. 5, C., *De spons.*, lib. V, tít. I.) La infidelidad de la mujer prometida, es equiparada al adulterio. Las ofensas que se le hicieren, afectan á su prometido y le autorizan para ejercitar la accion de injurias.

Carácter del matrimonio en el derecho romano.—En el derecho romano clásico, el matrimonio es un contrato puramente civil, y en modo alguno acto religioso. No se requiere ninguna solemnidad para contraerlo legalmente; en el órden de los hechos, sin embargo, introdújose la costumbre de acompañar su celebracion con ciertas ceremonias (*nuptiarum festivitas*) (1). Hasta el reinado de Leon el Filósofo, no se modificó en este punto la legislacion (Nov. LXXXIX), pero aquel emperador estableció que no tuviera el matrimonio efectos civiles y jurídicos, sino en tanto que se hubiese consagrado por una ceremonia religiosa.

Los antiguos juriconsultos franceses, Cuyas (*Paratitl.* in L. 5, tít. IV, Cod. just.), Pothier (*Pand.* Ins., *ad tít. De ritu nupt.*, núm. 5 y sig., y *ad tit. De donat. int. vir. et ux.*, número 11), Donellus (*Comm. jur. civ.*, L. 13, c. 18, núm. 2 y c. 20, números 1 á 4) enseñan que el matrimonio se formaba por el mero consentimiento de las partes: «*Nuptia non concubitus sed consensus facit.*» (Ulpiano, L. 30, D., *De regul. jur.* lib. L, título XVII.) Tal es todavía la opinion sostenida hoy por distinguidos romanistas (2).

No obstante, parece que trata de prevalecer en la cátedra de la Facultad de París una teoría contraria que supone haber sido necesario para la perfeccion del matrimonio entre los ro-

(1) Dezobry, ***Rome an siecle d'Auguste***, t. III, p. 6 y sig., edic. de 1847, trata de las ceremonias con que se celebraban los matrimonios de los patricios y de los plebeyos.

(2) ***Sic*** MM. Ducaurroy, ***Instit. expliq***, t. I, p. 79, (8ª edic.): Namur, ***Cours. d'Instit.***, 2ª edic., t. I, § 67, p. 87: Van Wetter, *Cours. element. de dr. rom.*, t. II, § 289, p. 159, y ***Droit civil** annoté d'aprés le dr. rom.*, p. 15: Maynz, ***Cours. de dr. rom.*** t. III, § 390, p. 12, texto y nota 1: Gide, *á son* ***Cours.***

manos, que la mujer fuese introducida é instalada en la casa del marido. Si no era precisa la cohabitacion como requisito esencial del matrimonio, por lo ménos exigíase que la mujer fuese colocada bajo el poder físico del marido; de donde se deduce que la ausencia de la mujer, á diferencia de la del marido, hacia imposible la realizacion del matrimonio (1).

Prueba del matrimonio.—No concurriendo en su celebracion solemnidad ninguna, era muchas veces difícil atestiguarlo. En la época del derecho clásico acudíase á ciertas presunciones; en tiempo de Justiniano la Novela LXXIV exigió para el matrimonio de personas *ilustres* la redaccion de *instrumenta dotalia*. Las personas de la clase media no están obligadas á otorgar *instrumenta dotalia*, que suponen necesariamente la constitucion de una dote; pero en defecto de aquellas escrituras tienen el deber de prestar declaracion de su matrimonio al *defensor ecclesiæ* asistido por tres clérigos ó por mayor número, que figuran como testigos. El *defensor ecclesiæ* levanta un acta, en que consta la declaracion que ha presenciado y la fecha de la declaracion. El acta debe llevar las firmas del *defensor*, de los clérigos y de los esposos, y despues de firmada entrégase á los cónyuges si la piden, ó se deposita en los archivos. Las personas *viles* no están sometidas á estas prescripciones.

La Novela CXVII abolió muy pronto las reglas que habia establecido la LXXIV, pues si bien la redaccion de *instrumenta dotalia* siguió exigiéndose á las personas ilustres, las de mediana condicion quedaron dispensadas de acudir al *defensor ecclesiæ* á declarar su matrimonio.

Condiciones necesarias para contraer justas nupcias.—Son tres: I. La *pubertad* y la *nubilidad*; II. El *consentimiento*; III. El *connubium*.

---

(1) Véase, sobre esta opinion, MM. Ortolan, *Explic. his. des Inst.*, t. II, n.° 99; de Fresquet, *Tr. elém. de dr. rom.*, t. I, p. 132; Guérard, *Essai sur l' hist. du dr. pr. des Romains*, p. 448; Demangeat, *Cours. elém. de dr. rom.*, t. I, p. 232 y sig.; Glasson, *Consentement des époux au mariage*, n.° 16, p. 31; Accarias, *Préc de dr. rom.*, 2ª edic., t. I, n.° 80, p. 151 á 153, texto y notas; Lagrange, *Man. de dr. rom.*, p. 129, texto y nota 1; Labbé, *A son cours*.—Véanse tambien MM. Machelart, *Texte de dr. rom.*, 3ª part.; *Sur les donations entre époux*, p, 212 y sig.; Cauvet, *Droit pontifical chez les anciens romains*, p. 17; Comp. M. Pilette, *Lettre sur le concubinat*, *Rev. hist. de dr. franc et etrang.*, t. XI, p. 209 y sig.

I. *Pubertad y nubilidad.*—Segun el derecho primitivo, no hay edad fija; se atiende sólo al desarrollo físico de los jóvenes. En tiempo de Justiniano el hombre es púbero á los catorce años y la mujer núbil á los doce.

II. *Consentimiento.—Consentimiento de los futuros esposos.*— La concurrencia de la voluntad es necesaria sin distincion entre las personas *sui juris* ó *alieni juris*, entre el *filius familias* y la *filia familias* (1). *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant qui... coeunt.* (L. 2, D., § 53, *De ritu nupt.*, libro XXIII, tít. II; V. tambien Nov. CXV, cap. 3, § 11.)

Consentimiento del jefe de familia, bajo cuya potestad se hallan los que contraen matrimonio.

Preciso es distinguir dos épocas:

En el derecho clásico no puede contraer matrimonio sin consentimiento del padre de familia aquel que se halle *in potestate.* Pero entre el nieto y la nieta existe la diferencia de que aquél debe obtener el consentimiento de su abuelo y el de su padre, y ésta no necesita más que el del abuelo. El fundamento de tal distincion es el de que no debiese tener el padre más adelante bajo su potestad á ciertas personas que hubiesen penetrado en la familia sin su consentimiento, y que vendrian á ser sus herederos áun á pesar suyo. Así, pues, los hijos que nacen del matrimonio de la hija, entran en la familia del marido. Con esto se respetan los principios. El hijo adoptivo no necesita más que la licencia del adoptante, pero de ningun modo la de su padre natural. El jóven *sui juris* no debe solicitar consentimiento á nadie para contraer matrimonio. Sin embargo, las mujeres ingénuas durante la época en que se hallaban bajo tutela perpétua debian pedir el consentimiento á sus tutores (Ciceron, Pro Flacio, c. XXXIV). En

---

(1) Véase, en este sentido, M. Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, p. 5, n.° 2; Ortolan, ob. cit., t. II, n.° 105; Demangeat, ob. cit., t. I, p. 240; Accarias, ob. cit., 2ª edic., t. I, n.° 80, p. 50.—Sin embargo, M. Namur (*Cours. d' Instit.*, 1ª edic., t. I, § 53, p. 83), ha pretendido que el padre podia obligar á la hija de familia á contraer matrimonio, no sólo en el derecho primitivo, sino tambien bajo el imperio de Justiniano. En apoyo de su opinion invoca las LL. 2, Dig., *De rit. nupt.*, libro XXIII, tít. II, 12, Código, *De nuptiis*, lib. V, tít. IV, y 20, Cód. eod., tít.; en todos estos textos, que exigen el consentimiento de los futuros esposos, se habla sólo del *filius familias* y no de la *filia familias*. El autor citado no ha persistido, con todo, en esta opinion, de la cual no ha hecho mérito en la 2ª edicion de su obra.

cuanto á las manumitidas, miéntras se hallaban sujetas á la tutela de su patrono les era preciso pedir á éste autorizacion para casarse. (Ulpiano, Regl., tít. II, § 22).

Nunca se necesita el consentimiento de la madre.

En la época del Imperio oriental se introdujeron nuevos principios. Una constitucion de Honorio y Teodosio (L. 20, C., *De nupt.*, lib. V, tít. IV), decidió que la hija menor de veinticinco años debe obtener para casarse el consentimiento de su padre si éste vive todavía; en otro caso, el de la madre, y en defecto de ésta el de sus más próximos parientes. Esta constitucion no atañe al hijo de familia que continúa sometido á las antiguas disposiciones.

La ley Julia, dada en tiempo de Augusto, autorizó al magistrado para que desestimara la oposicion del padre de familia cuando no la juzgase fundada. (L. 19, D., *De rit. nupt.*, libro XXIII, tít. II.)

Si el padre de familia estuviese demente, los hijos sometidos á su potestad pueden contraer matrimonio *sine interventu patris*. (L. 25, C., *De nupt.*, lib. V, tít. IV.)

En el caso de hallarse cautivo el jefe de familia es válido el matrimonio que contrajere el hijo despues de trascurridos tres años de cautividad. (L. 9, § 1, D., *De rit. nupt.*, libro XXIII, tít. II). Justiniano concedió al hijo la exencion de aquel plazo cuando contrajese un matrimonio que su padre hubiera debido racionalmente aprobar. Las mismas reglas se aplican al caso de ausencia del jefe de familia. (L. 10, D., *De rit. nupt.*)

III. *Connubium.*—Esta palabra tiene una doble acepcion:

En sentido lato indica la *capacidad general* para contraer matrimonio; así, un ciudadano romano púbero, *sui juris*, tiene aptitud propia para contratar *justæ nuptiæ*, pero no sucede lo mismo con los esclavos, los latinos y los peregrinos.

En sentido más concreto, pero más usual, significa la *capacidad relativa* de unirse á tal ó cual persona determinada. Así, un ciudadano romano que tiene la capacidad general para casarse no puede, sin embargo, casar con su hermana; el *connubium* no existe, pues, entre hermano y hermana, por más que sean ciudadanos romanos.

De los impedimentos ú obstáculos que se oponen al connubium.—Son de cuatro especies. Impedimentos que provienen: 1º Del parentesco. 2º De la afinidad. 3º De ciertas consideraciones civiles. 4º De consideraciones políticas.

I. *Impedimentos resultantes del parentesco.*—En el Derecho romano habia dos clases de parentesco: uno *puramente civil*, la agnacion; otro *natural*, la cognacion.

Entiéndese por *agnacion* el vínculo civil que une á

1. Los que actualmente existen.
2. Los que han existido y murieron ya.
3. Los que no existen ni han existido jamás, pero que estarian bajo la potestad de un mismo jefe comun si hubiesen ya nacido.

Los que existen.—Ejemplo: dos hermanos nacidos de un mismo padre están bajo su potestad y son agnados.

Los que han existido y no existen ya.—Ejemplo: dos hermanos hallados bajo la potestad de un mismo padre, quedan á su muerte *sui juris* y son agnados.

Los que no existen ni han existido jamás, pero existirán.—Ejemplo: los hijos de estos hermanos, que si hubiese vivido su abuelo habrian estado junto con sus padres bajo la potestad del jefe comun, son entre sí agnados (1).

La *cognacion* es el vínculo natural que une á las personas que descienden unas de otras ó de un abolengo comun.

Una persona puede ser á la vez *agnado* y *cognado* de otra. Ejemplo: el hijo nacido *ex justis nuptiis* y su padre.

O bien *simplemente agnado.*—Ejemplo: el hijo adoptado por un extranjero es agnado del adoptante, pero no cognado.

O bien *simplemente cognado.*—Ejemplo: el hijo adoptado por un extranjero no es más que cognado de su padre natural y no agnado.

Subdivisiones del parentesco.—1º Parentesco *en línea directa*; 2º *En línea colateral.*

La *línea directa* se compone de los parientes nacidos unos de otros, como por ejemplo: el padre y el hijo.

---

(1) Esta definicion de la agnacion ha sido formulada por M. Labbé *A son cours.* —V. tambien M. Brocher, *Et. hist. et. philosóph. sur la legitime et les réserves*, p. 26.

La *línea colateral* comprende á los parientes que derivan de un autor comun, como el hermano y la hermana.

La línea directa se divide en directa *ascendente* y directa *descendente*. Son ascendientes de una persona aquellos de quienes deriva, y descendientes aquellos que de la misma derivan.

El parentesco se cuenta por *grados*; es una escala en la cual cada pariente ocupa un escalon, y el grado es el intervalo entre dos escalones. Este intervalo constituye una *generacion*. La generacion supone, pues, dos individuos.

En la línea directa la escala es *simple*; el hijo, respecto al padre, se halla en primer grado, pues le separa sólo un intervalo, etc.

En la línea colateral la escala es *doble*; hay que ascender y descender. Ejemplo: el hermano está en segundo grado respecto á la hermana, pues que remontándose desde aquel hasta el autor comun, encuéntrase una generacion, y otra descendiendo desde este último á la hermana, y así sucesivamente.

¿Hasta qué punto el parentesco es impedimento para el matrimonio?—En línea directa ascendente ó descendente el parentesco civil ó natural impide la union matrimonial hasta el infinito. Es tan rigurosa esta prohibicion que el padre adoptivo no puede casar con su hija ni con su nieta adoptiva áun despues de haberlas emancipado. (Instit., § 1, lib. I, título X.)

En línea colateral el parentesco civil ó natural se opone al matrimonio cuando uno de los parientes no dista más que un grado del autor comun. Ejemplo: el hermano no puede casar con su hermana, ni el tio con la sobrina, ni el hermano del abuelo con la nieta de éste, ni la tia con su sobrino, etc. El tio, la tia, etc., no distan más que un grado del tronco principal. Sin embargo, entre el hijo de familia y su hermana adoptiva cesa el impedimento para el matrimonio con la emancipacion de uno ú otra. (Instit., § 2, eod.)

II. *Impedimentos resultantes de la afinidad*.—La afinidad es el vínculo que une á un cónyuge con los parientes del otro (1).

---

(1) No existe afinidad entre los parientes de un cónyuge y los parientes del otro.

Se divide y se computa como el parentesco. El pariente de uno de los cónyuges, con relacion al otro, es afin en el mismo grado. Conviene hacer notar que tal prohibicion no produce sus efectos hasta la disolucion de la afinidad por la disolucion misma del matrimonio que la engendró, pues en tanto que subsiste el vínculo conyugal, el hecho del matrimonio se opone á la union de dos afines, como á toda union.

En la línea directa la afinidad es impedimento para el matrimonio hasta lo infinito. Ejemplo: yo no podré jamás casar con la madre de mi mujer (*socium*). (Instit., §§ 6 y 7.)

En línea colateral la afinidad no constituye, segun el derecho clásico, impedimento ninguno para el matrimonio. Pero en el Imperio bizantino, bajo la influencia de la Iglesia, el Emperador Constancio prohibió el matrimonio del cuñado con la cuñada. (L. 2, C. Teod., *De illic. nupt.*, lib. III, tít. XII). Esta prohibicion, repetida por otros Emperadores cristianos, fué confirmada por Justiniano. (L. 5, C., *De incest. et inut. nupt.*, lib. V, tít. V.)

Sancion de los impedimentos que resultan del parentesco y de la afinidad.—Es nula toda union que se contraiga sin tener en cuenta las anteriores prohibiciones, y constituye un incesto que la ley castiga con penas corporales y pecuniarias. (L. 39, § 1, D., *De rit. nupt.*, lib. XXIII, tít. II, Novela XII, c. 1 y CLIV, c. 1.)

III. *Impedimentos que provienen de ciertas consideraciones civiles.*—1º Los esponsales no producian afinidad propiamente dicha, pero sin embargo, hubiera parecido indecoroso que un padre casara con la mujer que se habia destinado á su hijo, y viceversa. (L. 12, §§ 1 y 2, D., *De rit. nupt.*, lib. XXIII, tít. II.)

2º Un hombre legalmente divorciado no podia casar con la hija que su consorte hubiese tenido en otro matrimonio posterior, á pesar de que no existia relacion ninguna de afinidad entre dicha hija y él.

3º Tambien se prohibia el matrimonio entre la mujer condenada por adulterio y su cómplice (L. 40, pr., D., *Ad leg. Jul. de adult.*, lib. XLVIII, tít. V); y entre el raptor y la robada. (L. 1, C. Teod., *De rapt. virg.*, lib. IX, tít. XXIV.)

4º El *contubernium* ó union de los esclavos, que no creaba

parentesco ni afinidad, impedia, sin embargo, el matrimonio despues de la manumision.

5º El hijo no podia casar con la concubina de su padre.

6º Tambien se prohibia el matrimonio de un tutor ó curador, y el de sus hijos y nietos, con la ex-pupila menor de veintiseis años, á ménos que su mismo padre se la hubiese prometido ó destinado. (LL. 26, 47 y 60, §§ 5 á 7, D., *De rit. nupt.*, libro XXIII, tít. II.)

IV. *Impedimentos que provienen de consideraciones políticas.* —1º Segun la ley de las Doce Tablas, prohibíase la union conyugal entre patricios y plebeyos; pero un plebiscito del año 310 (U. C.), votado á propuesta del tribuno Canuleyo, hizo desaparecer aquella prohibicion. (Tito Livio, *Hist.*, libro IV, § 2.) (1)

2º La misma prohibicion existia, respecto á los matrimonios entre ingénuos y libertinos; pero fué suprimida por las leyes *Julia* y *Papia Poppæa*, las cuales, sin embargo, mantuvieron, respecto de los ingénuos, la prohibicion de casar con mujeres de mala vida, comediantas, etc.; y en cuanto á los senadores, á sus hijos de primer grado y á los demás descendientes suyos *per masculos*, la de casar con manumitidas. (LL. 43, 44, *pr.*, D., *De rit. nupt.*, lib. XXIII, tít. II) (2).—Justiniano en la Novela CXVII, c. 6, abolió estas prohibiciones.

3º No podia un Gobernador tomar por *uxor* una mujer domiciliada en la provincia por él administrada, *ubi manet*; porque convenia mantener la dependencia del Gobernador relativamente al poder central, impidiéndole que contrajera íntimas relaciones en una determinada localidad. (LL. 63 y 65, § 1, D., *De rit nupt.*, lib. XXIII, tít. II.)

4º Valentiniano, Teodosio y Arcadio prohibieron el matrimonio entre judíos y cristianos. (L. 6, C., *De jud.*, lib. I, título IX.)—Justiniano levantó esta prohibicion.

Efectos del matrimonio.—Los cónyuges llevan los nombres de *vir et uxor*; débense mútuamente ayuda y alimentos.

---

(1) Véase, acerca de este punto, M. Cauvet, *Le Droit pontifical chez les anciens Romains*, pág. 21.

(2) M. Machelard, *Dissert. sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires*, página 48, texto y nota 2.

Cada esposo tiene, respecto del consorte, el derecho á la fidelidad conyugal, cuya violacion constituye el crímen de adulterio.—Los hijos (*justi liberi*) protegidos por la presuncion *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, siguen la condicion de su padre y viven bajo su potestad.—Fuera de las *justæ nuptiæ* no puede haber dote ni donacion por causa de matrimonio. Sólo en las *justæ nuptiæ* era posible la *manus* en la época en que dicha institucion existia. Bajo la vigencia de las leyes caducarias el matrimonio libraba de ciertas incapacidades.

CAUSAS DE DISOLUCION.

La muerte de uno de los cónyuges;—la pérdida de la libertad (*captivitate vel alia contingente servitute*);—el divorcio.

1º *La muerte de uno de los cónyuges.*—Despues de disuelto el matrimonio por la muerte de la mujer, el marido puede inmediatamente celebrar una nueva union. Disuelto el matrimonio por muerte del marido, la mujer, ántes de casarse otra vez, debe dejar trascurrir un plazo fijado por la ley, que fué al principio de diez meses (LL. 1, 9, D., *De his qui not. inf.*, libro III, tít. II), y luego prolongado hasta doce. (L. 2, C., *De sec. nupt.*, lib. V., tít. IX.) De otra suerte, una nueva union muy próxima á la disolucion del primer matrimonio traeria una incertidumbre de la paternidad, una *sanguinis turbatio.* El matrimonio realizado contra esta prohibicion, no deja de ser por esto *justum matrimonium*; pero la ley la sanciona castigando á los contraventores con la pena de infamia.

2º *Pérdida de la libertad.*—El matrimonio se disuelve cuando uno de los consortes viene á caer en esclavitud, y por consiguiente, queda facultado el cónyuge libre para casarse otra vez. Esta solucion no constituye una dificultad cuantas veces la servidumbre sea irredimible. ¿Qué resolveríamos en caso de cautividad? En el derecho romano clásico, el cónyuge del cautivo quedaba en libertad de contraer un nuevo matrimonio; el anterior se disolvia tan absolutamente, que áun á pesar del *jus postliminii*, que reintegra al cautivo libertado en la plenitud de sus anteriores derechos, subsistian los efectos de la cautividad relativamente á la disolucion del matrimonio.

En la época del Bajo Imperio modificáronse los principios. La cautividad dejó de importar la disolucion y se prohibió al cónyuge libre que se volviese á casar hasta que la muerte del cautivo no quedara plenamente probada.

3° *El divorcio.*—El divorcio fué siempre admitido por la legislacion romana. En los primitivos tiempos fué muy poco frecuente, pero hácia los fines de la República llegó á rayar en abuso. En la época de Augusto, la ley *de Adulteriis* hizo depender la validez del repudio del uso de ciertas fórmulas. (L. única, § 1, D., *Unde vir et uxor,* lib. XXXVIII, tít. XI.) Teodosio y Valentiniano fijaron taxativamente las causas legítimas de divorcio. (LL. 1 y 2, C., Teod., *De repud.*, lib. III, título XVI; L. 8, C., *De repud.*, lib. V., tít. XVII.) El divorcio, sin causa legítima, sujeta á ciertas penas pecuniarias al cónyuge que lo hubiese provocado (1).

DEL CONCUBINATO.

Del concubinato y del estupro.—Al lado de las justas nupcias existen otras uniones que, originadas en *afecciones sinceras,* ofrecen por su misma perseverancia cierto carácter de moralidad. Estas uniones que se llaman *concubinatus*, hállanse reconocidas por la ley, que las distingue de otras *pasajeras* é *irregulares* (*stuprum*), cuyo fin no es otro que la satisfaccion de un deseo.

Esta distincion entre el *concubinatus* y el *stuprum*, comenzó á tener carácter jurídico en tiempo de Augusto (L. 34, *pr.*, D., *Ad leg. Jul. de adult.*, lib. XLVIII, tít. V) que borró, para el *concubinato*, la pena impuesta al *stuprum.*—Los hijos nacidos de un *concubinatus* se llaman *naturales liberi* y tienen padre reconocido. Los hijos habidos de un *stuprum* se llaman *spurii* ó *vulgo concepti* y no tienen padre conocido.

Reglas comunes al concubinato y á las justas nupcias.—El concubinato sólo existe entre personas púberes y núbiles (L. 1, § 4, D., *De concub.*, lib. XXV, tít. VII), libres

(1) Véase MM. Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 27 y sig. Van Wetter, *Cours élément, de dr. rom.*, t. II, § 300, p. 193 y sig., y *Droit civil annoté d'après le dr. rom.*, p. 23.

de todo vínculo de parentesco ó afinidad que importe prohibicion.—Nunca se pueden tener dos concubinas, ni una esposa y una concubina (L. 1, § 3, D., eod. tít.).—Para entrar en concubinato no se requiere formalidad ninguna, y como lo mismo sucede con las justas nupcias, la concubina no se distingue de la esposa legítima sino en la intencion de las partes y en la dignidad de la mujer.

Diferencias entre el concubinato y las justas nupcias. —En el primero, no hay nunca dote ni donocion por causa de matrimonio.—La mujer no lleva el título de *uxor* ni goza tampoco, respecto de su cónyuge, de la igualdad de posicion que es esencial en las justas nupcias (*inæquale conjugum*).—Los hijos nacidos en concubinato siguen la condicion de su madre y no están sometidos á la patria potestad. Sin embargo, Justiniano les otorgó, á tales hijos, algun derecho á la sucesion de su padre.—Basta la mera voluntad de las dos partes ó de una sola para disolver esta union, sin acudir á las formalidades del divorcio (1).

Supresion del concubinato.—Leon VI, el Filósofo, abolió el concubinato (Nov. XCI) como contrario á la moral y al espíritu del cristianismo.

MATRIMONIO DE DERECHO DE GENTES.

Superior al concubinato, pero inferior á las *justæ nuptiæ*, es la union regular que los textos califican de *matrimonium non legitimum* ó *sine connubio*. Esta institucion, cuya existencia se ha discutido, en nuestro concepto infundadamente, tuvo su razon de ser en las relaciones entre romanos y peregrinos, esto es, entre personas que no gozaban juntamente del *connubium*. Los intérpretes suelen distinguirla con el nombre de *matrimonio de derecho de gentes*. Como *superior al concubinato*, esta clase de matrimonio concede al marido accion de adulterio contra la esposa culpable (L. 13, § 1, *Ad leg. Jul. de adult.*, lib. LXVIII, tít. V); permite á la mujer constituir

(1) MM. Gide, *Ét. sur la condit. priv. de la femme*, p. 160, nota 2; Pilette, *Ét. sur le concubinat chez les Romains*, Rev. hist. de dr. franç. et etrang., t. XI, p. 209 y sig.; Namur, *Cours d'Instit.*, 2ª edic. t. I, § 77, p. 99.

una dote que podrá reclamar al disolverse la vida conyugal. Los hijos que nazcan no son naturales y se les aplica igualmente la regla «*Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*» Para romper esta union, viviendo los esposos, precisa recurrir á las formalidades del divorcio.—Como *inferior á las justas nupcias*, el matrimonio de derecho de gentes no establecia entre los cónyuges, segun todas las probabilidades, esta igualdad completa de condicion que constituye la esencia misma de las *justæ nuptiæ*. Por esto, si en aquella union la mujer lleva el título de *uxor*, no es más que *uxor injusta* (L. 37, § 2, D., *ad municip.*, lib. L, tít. I). La mujer no tiene su domicilio en el del marido, sino que conserva el que tuvo anteriormente; y el padre no adquiere sobre sus hijos la patria potestad del derecho civil (1).

DEL CONTUBERNIUM.

El *contubernium* es la union de los esclavos ó de dos personas de las cuales una sea esclava. No produce más que un estado de mero hecho, ajeno al derecho y sin ningun efecto jurídico. No da orígen á parentesco ni afinidad y sólo es impedimento para el matrimonio despues de la manumision (2).

DE LA LEGITIMACION.

Llámase *legitimacion* el hecho en virtud del cual adquiere un padre la patria potestad sobre un hijo suyo habido fuera de las justas nupcias. Por esto los modos de legitimacion se asemejan á los modos de constituirse la patria potestad, y la legitimacion pertenece al *jus civile*.

Seis son los modos de legitimacion, de los cuales dos son anteriores á Justiniano.

I. Modos de legitimacion anteriores á Justiniano.—La *causæ probatio*, el *erroris causæ probatio*.

Primer modo.—La *causæ probatio* tenia lugar en el siguiente

(1) Tal es la doctrina enseñada por MM. Maynz, *Cours de dr. rom.*, 3ª edic. t. I, § 33, p. 85, nota 11 y t. III, § 387, p. 4: *Accarias*, 2ª edic., t. I, n.º 100, p. 201-202; Namur, *Cours d'Instit.*, t. I, § 66, p. 86; Labbé y Demangeat en sus lecciones.

(2) Véase sobre esta materia MM. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, página 430 (edic. de 1846); Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 287, p. 154 y 155; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, loc. cit., p. 203.

caso: casábase un latino, ya con una romana, ya con una latina juniana ó de las colonias *liberorum quœrendorum causa ex lege Sentia;* de esta union, realizada conforme á ciertas reglas, podia nacer un hijo de uno ú otro sexo. Cuando el hijo tenia un año (*anniculus, annicula*), el latino presentábase al magistrado (*probare causam*) y reclamaba la admision en la ciudad, para sí propio en todo caso, y además para su mujer y su hijo si habia casado con una latina, y el magistrado resolvia sobre su demanda. De esta manera se adquiria la patria potestad sobre el hijo. (Gayo, C. I, § 66.)

Segundo modo.—El *erroris causœ probatio* tenia lugar principalmente cuando un ciudadano romano casaba con una latina ó una peregrina creyéndola ciudadana romana. En realidad no habia matrimonio legítimo. El hijo de esta union nacia *sui juris* como fuera de justas nupcias.—Pero un senado-consulto autorizó al padre para presentarse al magistrado y demostrarle la causa del error involuntario (*erroris probare causam*); por este medio podia conseguir que llegaran á obtener la ciudadanía romana su mujer y su hijo, y desde aquel instante el matrimonio se convertia en justas nupcias y quedaba el hijo bajo la patria potestad. Sin embargo, para que la mujer pueda, en el caso propuesto, ser ciudadana romana, era preciso que no hubiese sido una liberta asimilada á los peregrinos dediticios. (Gayo, C. I, §§ 67 á 72.)

Desaparecieron en tiempo de Justiniano la *causœ probatio* y el *erroris causœ probatio.*

II. **Modos de legitimacion, segun Justiniano.**—En su época fueron cuatro estos modos: por subsiguiente matrimonio, por obligacion á la curia, por rescripto del príncipe y por testamento.

Primer modo.—Legitimacion por subsiguiente matrimonio.—Este modo, introducido por Constantino y fomentado por Zenon (L. 5, C., *De nat. lib.*, lib. V, tít. XXVII), no fué al principio más que una medida provisional; en tiempo de Justiniano tomó carácter de permanencia. Esta legitimacion exige la concurrencia de cuatro condiciones:

1º Que el hijo haya nacido de un concubinato y no de otra union irregular;

2° Que en el momento de la concepcion del hijo no estuviese prohibido por ninguna ley el matrimonio entre el padre y la madre;

3° Que se otorgue un *instrumentum dotale* para certificar la trasformacion del concubinato en matrimonio legítimo (LL. 10 y 11, C., *De nat. lib.*, lib. V, tít. XXVII.);

4° Que el hijo consienta la legitimacion ó por lo ménos que no se oponga, de modo que no es necesario un consentimiento expreso (1).

Segundo modo.—Legitimacion por obligacion á la curia.—Llámase *curia* el senado de una ciudad municipal. Los miembros de la curia eran agentes del fisco; respondian con sus bienes personales de la íntegra recaudacion de los impuestos. En tiempo del Imperio, estas cargas llegaron á ser insoportables, sin que tuvieran más compensacion que algunos privilegios de muy escasa importancia; de manera que no habia quien quisiera formar parte de la curia. Teodosio el Jóven y Valentiniano recurrieron á la legitimacion para que ingresaran nuevos miembros. El padre que no tuviese hijos legítimos, podia, ofreciendo su hijo natural á la curia, adquirir sobre el mismo la patria potestad. Justiniano concedió este modo de legitimacion áun al padre que tiene otros hijos legítimos. (L. 9, § 3, C., *De nat. lib.*, lib. V, tít. XXVII.)

Dos condiciones eran necesarias en tiempo de Justiniano para que fuese válida esta legitimacion. Era preciso: 1°, que el padre diese á su hijo natural veinticinco fanegas de tierra, por lo ménos; 2°, que el hijo consintiera la legitimacion.

Por este modo, el hijo legitimado quedaba en aptitud de suceder á su padre, pero no establecia lazo ninguno de sucesion entre el hijo y los parientes de su padre, agnados ó cognados.

En cuanto á la hija natural, podia ser legitimada por su matrimonio con un decurion. Para la curia, más bien era esto una ventaja, porque el decurion recibia de la mujer ciertas liberalidades y los hijos nacidos de dicha union eran tambien decuriones y recogian la fortuna de su madre. (L. 3, C., *De nat. lib.*, lib. V, tít. XXVII.).

---

(1) Sic. Mrs. Accarias, n.° 116, p. 236; Demangeat, p. 277.

Tercer modo.—Legitimacion por rescripto del príncipe.—Este modo, introducido por Justiniano en la Novela LXXIV, exige la concurrencia de dos condiciones:

1ª Que el padre no tenga ningun hijo legítimo.

2ª Que sea imposible su matrimonio con la madre de sus hijos naturales, sea por causa de la muerte ó desaparicion de la concubina ó por otra cualquiera razon atendible.

Cuarto modo.—Legitimacion por testamento.—Cuando un padre, que no ha dejado sino hijos naturales, ha fallecido, pero manifestando en su testamento el deseo de legitimarlos, estos hijos podrán solicitar personalmente del emperador el beneficio de la legitimacion, que les dará capacidad para suceder á su padre. (Nov. LXXIV, caps. 1 y 2.)

LA MANUS Y EL MANCIPIUM.

Aparte la patria potestad existian en el antiguo derecho romano otras dos potestades: la *manus* y el *mancipium*.

La manus.—Era un poder especial que sólo se ejercia sobre las mujeres y que derivaba del extricto derecho civil. El matrimonio en Roma, por más que fuera legítimo, no llevaba en sí mismo poder alguno del marido sobre su mujer. La *manus* no era, pues, una consecuencia inmediata y necesaria del matrimonio, sino solamente un hecho accidental.

La *manus* se adquiria por tres maneras: por la confarreacion (*farreo*), por la coempcion (*coemptione*), por el uso (*usu*). (Gayo, C., I, § 110.)

1º *Por la confarreacion* (*farreo*).—Era una ceremonia religiosa en la cual figuraba un pan de trigo (*farreus panis*). (Gayo, C. I, § 112.) Ciertas funciones sacerdotales sólo podian ejercerlas personas nacidas de un matrimonio celebrado por confarreacion. Esta forma, que se usaba principalmente por las familias patricias, vino casi á desaparecer en el reinado de Tiberio (1).

---

(1) Véase para más detalles Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 1 y sig. (edic. de 1846); Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 16 y siguientes; Glasson, *Consent. des époux au mar.*, p 12 y sig.; Gide, *Etud. sur la cond. priv. de la femme*, p. 126, nota 1; Brocher, *op. cit.*, p. 29.

2º *Por la coempcion* (*coemptione*).—No era ya el carácter religioso el que dominaba en este segundo modo de adquirir la *manus*; era principalmente un negocio civil, una venta solemne de la mujer. Podia la venta practicarse *matrimonii causa*, en cuyo caso pasaba la mujer bajo la *manus* del marido (esta coempcion no podia hacerse más que con el marido);—ó bien *fiduciæ causa*, en cuya forma la coempcion se hacia ordinariamente con un tercero (1), y sólo algunas veces con el mismo marido. La *manus* que resultaba de la coempcion *fiduciæ causa*, era ficticia y pasajera. En efecto, por el contrato de fiducia, unido á la coempcion, el tercero á el marido *coemptionator* obligaba su palabra de emancipar á la mujer. El resultado de la coempcion *fiduciæ causa*, no era otro que el de hacer pasar á la mujer de la tutela de una persona á la tutela de otra y darle además la capacidad para testar. (Gayo, C. I, §§ 113 y 123.)

3º *Por el uso* (*usu*).—Esta forma de adquisicion asimilaba la mujer á las cosas muebles; la mujer, en efecto, quedaba en la *manus* de su marido cuando habia sido poseida por él durante un año sin interrupcion. Si queria salir de su poder debia interrumpir la usucapion alejándose de la vivienda conyugal durante tres noches consecutivas del año (*trinoctio*). (Gayo, C. I, § 111.)

Efectos de la manus.—La mujer *in manu* perdia todos sus derechos de agnacion en su familia natural; pero respecto á su marido, asimilábase á una hija de familia (*loco filiæ*); era considerada como hermana de sus propios hijos, de donde resultaba para ella la agnacion con éstos y con su marido. (Gayo, C. I, §§ 111 y 114) (2).

Disolucion de la manus.—Se disolvia por las mismas formas que la patria potestad y además por el *divorcio*.

---

(1) La *manus* podia, pues, existir sin el matrimonio.

(2) Véanse MM. Namur, *Cours d'Instit.*, 2ª edic., t. I, § 61, p. 80 y 81; Van Wetter, *Cours élément de dr. rom.*, t. II, § 314, p. 249.—Segun M. Gide, ob. cit., p. 133, la *manus* debió distinguirse de la *potestas* en que la *manus*, como la *tutela*, no concedia por sí misma ningun derecho sobre la persona de la mujer y se ejercia sólo en sus bienes, al paso que la *potestas* tenia por objeto la persona misma del hijo y del esclavo. Comp. M. Duverger, *Condition polit. et. civ. des femmes*, p. 120, nota 4.

La *manus* no existia ya en tiempo de Justiniano.

El mancipium.—El *mancipium* ó poder de un hombre libre sobre otra persona libre que le hubiere sido dado en mancipacion, ofrece grandes analogías con la potestad dominical. Aplícase á dos clases de personas: á las que, sometidas á la potestad de un padre de familia, han sido vendidas por el *pater familias*, ó bien á las que, colocadas *in manu* (las mujeres), han sido mancipadas por el *coemptionator*. De la mancipacion que tenia lugar con motivo de esta venta se deriva la palabra *mancipium*.

Efectos del mancipium.—El individuo colocado *in mancipio* estaba *loco servi* sin que fuera, no obstante, *servus*.—Estaba principalmente obligado, como el esclavo, á trabajar para el adquisidor (*manumissor*); por esta razon adquiria derechos de propiedad ó de crédito (Gayo, C. II, §§ 86 y 90; C. III, § 163); para llegar á la condicion de *sui juris*, precisábale obtener su emancipacion, segun las fórmulas comunes (Gayo, C. I, § 138); y esta manumision concedia al *manumissor* ciertos derechos de patronato, respecto á la tutela y sucesion del individuo *in mancipio* (Gayo, C. I, § 166).—Pero, á diferencia del esclavo, el individuo *in mancipio*, salido ya del *mancipium*, no estaba colocado en la condicion de los libertos, sino que recobraba la cualidad de ingénuo y el ejercicio de sus derechos políticos; no podia ser objeto de un derecho de posesion, de donde resultaba la consecuencia probable de que no podia adquirir la posesion por el *manumissor* (Gayo, C. II, § 90); y, por último, debia ser tratado con ciertos miramientos, pues de lo contrario el *manumissor* podia ser reconvenido por delitos de injuria. En opuesto caso, no se concedia nunca la accion *injuriarum* al esclavo contra su señor. (Gayo, C. I, § 141.)

Disolucion del mancipium.—El *mancipium* se disolvia por las mismas formas de manumision que la potestad dominical; por la *vindicta*, por el *censo* y por el *testamento*. (Gayo, C. I, § 138.)

El *mancipium* habia desaparecido ya en la época de Justiniano.

TÍTULO XI.

De las adopciones.

Definicion.—La adopcion es un acto solemne por el cual un ciudadano romano se coloca bajo la potestad de otro, estableciendo artificialmente las mismas relaciones civiles mútuas que habrian nacido de la procreacion natural *ex justis nuptiis*.

Dos son las especies de adopcion: la adopcion propiamente dicha y la adrogacion. (L. 1, § 1, D., *De adopt.*, lib. I, título VII.)

Reglas comunes á la adopcion propiamente dicha y á la adrogacion:

1ª El adoptante debe tener la pubertad plena, es decir, diez y ocho años más que el adoptado, porque la adopcion imita la naturaleza. (Instit., § 4, lib. I, tít. XI.)

2ª La adopcion ha exigido siempre la presencia del adoptado. (Instit., § 8, lib. I, tít. XII.) Lo mismo sucedió hasta Diocleciano respecto á la adrogacion.

3ª Puédese adoptar á alguno por hijo, por nieto ó biznieto, siempre y cuando no se tuviesen hijos. Pero si el adoptante tiene un hijo, puede hacerse la adopcion de dos maneras: ó el adoptante recibe á uno como nieto haciéndole adoptar por su hijo, en cuyo caso este último debe consentir el acto para que no se le dé un heredero suyo contra su voluntad, ó bien el adoptante no recibe al nieto como adoptado por su hijo, en cuyo caso éste no es considerado como padre, sino como tio, por adopcion del nieto adoptivo, y entónces no es indispensable su consentimiento. (Instit., §§ 5, 6 y 7, lib. I, tít. XI.)

4ª No teniendo las mujeres potestad matria, no podian, segun el antiguo derecho, adoptar ni adrogar. (Instit., § 10, eod.). Diocleciano permitió, como excepcion, que tomara un hijo adoptivo la mujer que hubiese perdido todos los suyos naturales. (L. 5, C., *De adopt.*, lib. XIII, tít. XLVIII.) Justiniano generalizó esta gracia, pero solamente á favor de las mujeres

que habiendo tenido hijos los perdiesen. (Instit., § 10, eod.) El emperador Leon el Filósofo, permitió la adopcion, áun á las mujeres que no tuvieron nunca hijos. (Nov. XXIX.) Pero esta adopcion, concedida por un favor del Príncipe, no da la patria potestad; sólo establece un derecho de sucesion en favor del adoptado sobre los bienes de su madre adoptiva (1).

5ª El castrado no podia adoptar ni adrogar, ni áun dentro de la legislacion justiniánea. (Instit., § 9, eod.) El emperador Leon borró esta prohibicion concediendo al castrado la facultad de adoptar. (Nov. XXVII.)

6ª Los esclavos no pueden ser ni adoptados ni adrogados (2). En cuanto á los libertinos, no pueden ser adoptados ni adrogados más que por su patrono. (L. 3, C., *De adopt.*, libro VIII, tít. XLVIII; L. 15, § 3, C., eod.)

7ª Se puede dar en adopcion á un tercero aquel que ha sido adoptado ó adrogado. La legislacion de Justiniano, con todo, quitó esta facultad á todo adoptante que no fuese ascendiente natural del adoptado.

8ª Ni la adopcion ni la adrogacion admiten condiciones ni término.

Reglas particulares de la adrogacion.—El adrogador debe: 1º, haber cumplido sesenta años; 2º, no tener hijos nacidos de *justis nuptiis* ni otros que hayan venido á serlo por adrogacion anterior ó por adopcion.

DE LA ADOPCION.

La adopcion se ofrece con forma y efectos diferentes, segun sea considerada con anterioridad ó posterioridad á Justiniano.

---

(1) Sic. MM. Namur. *Cours d'Instit.*, t. I, 2ª edic., § 82, p. 104; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 308, p. 231.

(2) MM. Accarias, ob. cit., nº 111; Demangeat, ob. cit., p. 296.

I. EPOCA ANTERIOR A JUSTINIANO.

FORMAS DE LA ADOPCION.

La adopcion comprendia dos elementos:

1° La *venta solemne* (*mancipatio*).

2° La *cesion en derecho* (*cessio in jure*).

La mancipacion tenia por objeto disolver la patria potestad, y la cesion en derecho reconstituir esta potestad en provecho del adoptante. Cuando se trataba de un hijo varon de primer grado, la mancipacion debia repetirse tres veces. Despues de la primera venta hecha por el padre natural, el hijo, si era emancipado por el comprador, caia de nuevo en la potestad del padre natural. Lo mismo sucedia en la segunda venta y segunda emancipacion, hasta que, por último, al tener lugar la tercera venta finia completamente la potestad del padre; pero el comprador, en vez de emancipar por tercera vez al hijo (por cuyo medio éste hubiera llegado á ser *sui juris*), le remancipaba á su propio padre y así el hijo quedaba *in mancipio*. No se trataba más que de reconstituir en provecho de un tercero la patria potestad disuelta.

Respecto de la hija ó del nieto, bastaba una sola venta para destruir la patria potestad.

Para la *cesion en derecho*, simulábase un proceso ante el pretor. El que pretendia adoptar, reivindicaba al hijo como si fuera suyo; el padre no contradecia, y el magistrado declaraba ser legalmente fundada la pretension del demandante. (Gayo, C. I, § 134.) (1)

EFECTOS DE LA ADOPCION.

El adoptado salia de la familia de su padre natural perdiendo, respecto de aquella, todos sus derechos de agnacion, al paso que se le recibia en la familia del adoptante, adquirien-

(1) Véase la descripcion de las formalidades usadas para las adopciones en la interesante obra de M. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 85 y siguientes.

do todos los derechos de un hijo nacido *ex justis nuptiis*; de modo que se hallaba unido á todos los agnados del adoptante por el doble vínculo de la agnacion y de la cognacion. En algunos casos podian ser lamentables las consecuencias de este cambio; en efecto, si más tarde salia el adoptado, por emancipacion, de su familia adoptiva, ó su padre adoptivo le desheredaba, se veia sin familia ninguna, de manera que habia perdido, sin compensacion, sus derechos de heredero en la sucesion de su padre natural. (Instit., §§ 10 á 12, lib. III, título I.)

Observaciones.—La adopcion, aplicándose á una persona *alieni juris*, no podia, en principio, convertirse para el adoptante en un provecho pecuniario en aumento de su patrimonio.

Por último, la adopcion no producia ningun efecto relativamente á los hijos ya engendrados ó nacidos del matrimonio del adoptado. Estos hijos nacian ó quedaban bajo la potestad de su abuelo natural.

II. ÉPOCA DE JUSTINIANO.

FORMA DE LA ADOPCION.

En esta época no existian ya la emancipacion y la *cessio in jure*. La adopcion se verificó en lo sucesivo por la autoridad del magistrado, *imperio magistratus*. Las partes comparecian á la presencia del magistrado competente, manifestando su voluntad, y este último levantaba un acta donde se hacia constar la adopcion. (Instit., § 8, lib. 1, tít. XII; L. 11. C., *De adopt.*, lib. VIII, tít. XLVIII.)

EFECTOS DE LA ADOPCION.

Conviene distinguir dos casos:

1° Aquel en que el hijo es adoptado por una persona que no sea su ascendiente (*extraneus*).

2° Aquel en que le adopta un ascendiente.

En el primer caso, la adopcion no produce los antiguos efectos; el adoptado queda en la potestad y familia de su pa-

dre natural, y conserva todos sus derechos de sucesion; pero adquiere por otro lado derechos á la sucesion del adoptante, cuando este falleciere sin otorgar testamento (*ab intestato*). (Instit., § 2, lib. I. tít. XI.)

En el segundo caso, conserva la adopcion todos sus antiguos efectos. (Instit., § 2, *eod.*)

DE LA ADROGACION.

Se aplica sólo á los jefes de familia *sui juris*, y están interesados en ella el Estado y la religion. El Estado, porque desaparece una familia y es absorbida por otra. La religion, porque el adrogado pierde sus sacrificios propios, sus dioses domésticos.

FORMAS DE LA ADROGACION.

Estas formas son distintas segun se atienda á tres diferentes épocas:

Primera época.—La adrogacion debia ser aprobada por los pontífices despues de una informacion, y sancionada por una ley que se votaba en los comicios por curias. Hé aquí el procedimiento: preguntábase al adrogador si queria tomar por hijo al que debia ser adrogado: á éste se le pedia su consentimiento para serlo, y al pueblo si daba su autorizacion (*populi autoritate*). De esta forma proviene la palabra *adrogacion*. (Gayo, C. I, § 99.)

No pudiéndose reunir los comicios por curias más que en Roma, es consiguiente que la adrogacion, en los primeros tiempos, sólo en la ciudad podia tener lugar. (Gayo, C. I, § 100.)

Segunda época.—Hácia el fin de la República, las curias habian dejado de reunirse y estaban representadas por treinta lictores en todos aquellos casos en que, segun las tradiciones del derecho antiguo, era necesaria una *lex curiata* (1).

Tercera época.—A partir de la época de Diocleciano, seguramente (2) la adrogacion no fué ya sancionada por una *lex*

---

(1) M. Ch. Dezobry, *Rome au siécle d'Auguste*, t. 3°, p. 87 y sig. (edic. 1847.)
(2) MM. Demangeat ob. cit., p. 283; Accarias, ob. cit., n.° 105, p. 212; Van Wetter, *Cours. élément. de dr. rom.* t. I, § 307, p. 230.

curiata, obra de los comicios por curias ó de los treinta lictores, sino que se hizo por medio de un rescripto imperial (*principali rescripto, auctoritate imperatoris*). (LL. 2 y 6, C., *De adopt.* lib. VIII, tít. XLVIII; Instit., § 1, lib. 1, tít. XI.) Desde aquel momento, la adrogacion pudo extenderse á las provincias.

EFECTOS DE LA ADROGACION.

Estos efectos deben examinarse bajo un doble punto de vista: relativamente á las personas, y relativamente á los bienes.

1º *Relativamente á las personas.*—Cuando se dá en adrogacion un padre que tiene hijos bajo su potestad, no sólo pasa él mismo á la del adrogador, sino tambien sus hijos, en calidad de nietos. (Instit., § 11, lib. I, tít. XI.)

2º *Relativamente á los bienes.*—Durante mucho tiempo, todos los bienes pertenecientes al adrogado quedaban involucrados en el patrimonio del adrogador; pero Justiniano estableció que el último no adquiriera más que un derecho de usufructo sobre dichos bienes, quedando al adrogado la nuda propiedad. (Instit., §§ 1 y 2, lib. III, tít. X.)

¿QUÉ PERSONAS PUEDEN SER ADROGADAS?

Pueden serlo todas aquellas que, si fuesen *alieni juris*, podrian ser adoptadas. Este principio, sin embargo, sufre alguna excepcion; así, por ejemplo, no pueden ser adrogados el menor de veinticinco años, por el que ha sido su tutor ó curador. (L. 17, pr. D. *De adopt.*, lib. I, tít. VII); las mujeres, —los impúberes.

Adrogacion de las mujeres.—La forma primitiva de la adrogacion hacia imposible la de las mujeres, pues que se les prohibia concurrir á la asamblea del pueblo reunido en comicios. (Gayo, C. 1, § 101.) Pero pudieron ser adrogadas las mujeres, cuando la adrogacion se hizo por rescripto imperial. (L. 8, C., *De adopt.*, lib., VIII, tít. XLVIII.

Adrogacion de los impúberes.—Prohibida durante mucho

tiempo (Aulo-Gelio, Noct. attic. V. 19), estableciόla Antonino Pio bajo determinadas condiciones (*cum quibus conditionibus*). La informacion que debe preceder en todo caso, corresponde hacerla con especial cuidado cuando se trata de la adrogacion de un impúber. Examínase si el adrogador es una persona honrada y de buenas costumbres; si su intento de adoptar tiene causa plausible, y si la adrogacion aparece ser ventajosa para el pupilo (Inst., § 3, lib. 1, tít. XI); si este exámen resulta favorable, se permite la adrogacion. Pero el adrogador está obligado: 1º á restituir al adrogado todos sus bienes cuando le emancipe con justa causa (*cum justa causa*); 2º á restituirle, caso de emanciparle *sin justa causa* ó desheredarle (y en este último supuesto no se distingue si se hace con justa causa ó sin ella) no solamente todos los bienes que hubiere percibido por el hecho de la adrogacion, sino tambien el cuarto de los bienes que el adrogador dejase al tiempo de su muerte. Esta cuarto se llama *cuarta Antonina*; 3º á restituir, si el pupilo porcion ántes de llegar á la pubertad, todos los bienes que le perteneciesen, á aquellos que hubieran sido herederos naturales del impúber si no se hubiese realizado la adrogacion, esto es, á sus más próximos agnados. (*Si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutorum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent.* Instit., § 3, eod.)

La restitucion de los bienes se aseguraba por medio de una promesa del adrogador, que era recibida, en el antiguo derecho, por un *servus públicus*, esto es por un *tabellarius*, especie de Notario ó Escribano. (Instit. § 3, eod.) El adrogador debe, además, procurar una *satisdatio*, esto es, hacer garantir su promesa por personas solventes. (L. 19, D., *De adop.*, lib. I, tít. VII.) El beneficio de esta estipulacion puede ser invocado por cualquiera persona que tenga interés en ella.

TÍTULO XII.

De qué manera se disuelve el derecho de pátria potestad.

Son siete las causas de disolucion:

I. **La muerte.**—Sea la del hijo, sea la del padre de familia. La muerte del último no libra, sin embargo, de la pátria potestad á todos los que á ella están sometidos, pues no quedan *sui juris* más que los hijos que se hallan en primer grado. Ejemplo: los hijos y las hijas de familia. En cuanto á los hijos de grados inferiores, sean nietos ó biznietos, no serán *sui juris* sino cuando no haya en la familia intermediario ninguno entre su persona y la de su abuelo; lo cual ocurría cuando al morir éste último el hijo habia salido de la familia por emancipacion ó habia premuerto. (Instit. *pr*. lib. I, tít XII.)

II. **La pérdida de la ciudadanía.**—La pátria potestad, derecho esencialmente civil, no puede subsistir sino en beneficio de un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano. La pérdida de la cualidad de ciudadano importa, pues, la disolucion de la pátria potestad. Antes de Justiniano perdíase dicha cualidad por la interdiccion del agua y del fuego. (Gayo, Cap. I, § 128.) Entre los romanos no se podia despojar á un ciudadano, contra su voluntad, de los derechos de ciudadanía; y así para obligarle á que se expatriase por sí mismo privábasele de todo aquello que era más necesario para la existencia. En tiempo de Justiniano la *deportacion* vino á sustituirse á la interdiccion del agua y del fuego; pero esta pena puede revocarse por el Emperador y el deportado recuperar sus derechos (*restitutio*). Esta restitucion puede ser más ó ménos lata, y será segun los casos:

1° *Pura* y *simple:* con la cual el deportado recupera sus derechos de ciudadano, pero no se restablece la pátria potestad.

2° *Entera* (*in integrum*): en cuyo caso el deportado, restituido en su dignidad, en su categoría y en el goce de todos sus bienes, recobra la pátria potestad que habia perdido. (Instit., § 1, lib. I, tít. XII.)

La relegacion en una isla no equivale á la deportacion; no lleva consigo ni la pérdida de la cualidad de ciudadano ni la disolucion de la pátria potestad. (L. 7, § 3, Dig., *De interd. et releg.*, lib. XLVIII, tít. XXII; Instit., § 2, eod.)

III. **La pérdida de la libertad.**—Solo puede existir la pátria potestad en provecho de una persona libre sobre otra persona igualmente libre.

¿Cuáles son las causas que importan la pérdida de la libertad? Tres son las indicadas en la Instituta (§ 3, eod): 1° La pena de trabajos forzados en las minas (*qui in metallum damnantur*); 2° la de luchar con las fieras. Más adelante en virtud de una Novela de Justiniano (XXII, cap. 8.) estas condenas dejaron de causar esclavitud y en su consecuencia no llevaron consigo la extincion de la pátria potestad. (1); 3° la cautividad entre el enemigo, que ofrezca alguna particularidad, cual es el derecho de retorno, ó sea el *jus postliminii*. En virtud del beneficio de este derecho, al cautivo que por cualquier medio ha podido escapar de los enemigos, se le considera como si no hubiese caido jamás en esclavitud y como si no hubiese perdido nunca el carácter de ciudadano; por consiguiente ha podido conservar junto con sus derechos civiles la pátria potestad. (Instit. § 5, eod.)

Pero durante la cautividad del padre el estado de los hijos queda en suspenso, porque aún puede realizarse el derecho de *postiliminio*. Si el padre vuelve tendrá potestad sobre sus hijos; si muere en la cautividad, estos se reputarán libres (*sui juris*) desde aquel momento en que su padre cayó prisionero de los enemigos, *exinde ex quo captus est pater* (Instit. ibid.)

IV. **Elevacion á ciertas dignidades.**—Antes de Justiniano, disolvíase la pátria potestad: 1° cuando el hijo de famiia era nombrado *flamen dialis*, ó sea pontífice consagrado especialmente á Júpiter; 2° cuando la hija de familia se consa-

(1) Véase en este sentido, MM. Ortolan, *Explic. hist. de Instit.*, t. I, n° 160; Demangeat, *Cours elem. de dr. rom*, t. I, p. 303; Labbé, á son cours.—Segun M. Accarias (*Préc. de dr. rom.* y 2ª edic. t. I, n° 118, p. 246), la condenacion *ad metallum*, áun á tenor de la nov. 22, cap. 8°, debió seguir importando la extincion de la pátria potestad, no tanto porque hacia esclavo al condenado, como porque le privaba del *jus civitatis*.

graba al culto de Vesta (*vestalis*). (Gayo, C. I, § 130.) Dice Justiniano en las Instituciones (§ 4, eod.), que ni la carrera de las armas ni la dignidad de senador ó de cónsul libran al hijo de familia de la pátria potestad; pero que producirá este resultado la dignidad de patricio (consejero íntimo del Emperador). Más tarde, por la Novela LXXXI, decidió que saliera de la pátria potestad el hijo de familia cuando llegase á las dignidades de cónsul, prefecto del pretorio, jefe de caballería, questor del palacio ú obispo. Sin embargo, por un favor especial, el dignatario conservó todos sus derechos de agnacion (*jus agnationis*); sucede á su padre, y si él á su vez tiene hijos tiene respecto á ellos la pátria potestad á la muerte del jefe comun.

V. **La emancipacion.**—Por ella el padre de familia hace *sui juris* á una persona sometida á su potestad. (Instit., § 6, libro I, tít. XII.) El que tiene bajo su poder un hijo y de este hijo un nieto, podrá emancipar al primero, reteniendo en potestad el nieto ó nieta, y recíprocamente, podrá retener el hijo emancipando al nieto ó nieta, ó por último, emanciparlos á todos. (Instit., § 2, eod.)

Para la emancipacion se requiere el consentimiento del hijo; basta, con todo, que no se oponga. (Paul. Sent. 55, libro II, tít. XXV.) Por esto puede ser emancipado el *infans*. Igualmente necesario es el consentimiento del padre de familia, quien, por punto general, no puede ser obligado á emancipar á su hijo. (Instit., § 10, eod.) Por excepcion, sin embargo, podrá en ciertos casos imponerse al padre de familia la emancipacion, principalmente cuando diere malos tratamientos á sus hijos (L. 5, D., *Si à par.*, lib. XXXVII, tít. XII, prostituyese á sus hijas (L. 6, C., *De spectac.*, lib. XI, tít. XL), ó consintiese una adopcion desventajosa para el hijo.

Formas de la emancipacion.—Han variado en las tres épocas siguientes:

1º *En el antiguo derecho* las formas de la emancipacion se confundieron con las de la adopcion, de modo que la patria potestad se disolvia por medio de ventas ficticias (*imaginarias venditiones*) como en la adopcion (1). El hijo, despues de la

---

(1) V. más arriba p. 112.

tercera venta que habia extinguido la patria potestad, pasaba á una condicion análoga á la del esclavo (*in mancipio*). El *mancipium* no se terminaba ni el hijo era *sui juris* hasta la emancipacion hecha por el comprador. Pero el comprador que emancipaba tenia la consideracion de patrono y adquiria sobre el hijo todos los derechos de sucesion y de tutela. De aquí provenia una consecuencia desfavorable para el padre de familia que se remediaba en la práctica por la cláusula del contrato de fiducia (*contracta fiducia*). Por esta cláusula el adquisidor se obligaba á retransferir al padre la propiedad del hijo; el padre le manumitia entónces y adquiria sobre su persona y bienes los derechos de tutela y de sucesion. (Paul. Sent., libro II, tít. XXV, § 2; Gayo, C. I, § 132.)

2º *Bajo el imperio de Anastasio* la emancipacion se realizaba por medio de un rescripto imperial que debia insinuarse por un magistrado competente, ó lo que es lo mismo, trascribirse en los registros públicos (*emancipatio anastasiana*). Esta nueva forma de emancipacion, á diferencia de la anterior, permitia emancipar á un ausente, pero era, sin embargo, necesario el consentimiento del emancipado. (L. 5, C., *De emanc.*, libro VIII, tít. XLIX.)

3º *En la época de Justiniano* no es más que una simple declaracion hecha delante del magistrado, quien levanta un acta del consentimiento de las partes. (Instit., § 6, eod.). El contrato de fiducia desde aquel momento se consideró que acompañaba siempre á la emancipacion, por la cual adquiria el padre emancipador los derechos de tutela y de sucesion. (L. 6, C., *De emancs.*, lib. VIII, tít. XLIX.)

Revocacion de la emancipacion.—Esta, como la manumision, puede revocarse por causa de ingratitud. (L. 1, C., *De ingr. lib.*, lib. VIII, tít. I.)

VI. **La adopcion.**—Segun el derecho antiguo, la adopcion entrañaba siempre, respecto al padre natural, la pérdida de su potestad sobre el hijo. Segun Justiniano, sólo se produce este resultado cuando el que adopta es un ascendiente (1).

Observacion comun á la pérdida de la patria potestad por

(1) V. más arriba p. 114.

emancipacion y por adopcion.—Es un principio en Derecho romano que el hijo habido en matrimonio legítimo sigue la condicion que tuviese su padre al tiempo de la concepcion. Si, pues, fué concebido cuando el padre ha sido emancipado ó dado en adopcion, pertenecerá á la familia de su abuelo; si fué concebido despues de la emancipacion ó adopcion de su padre, nace bajo la potestad de su padre ó de su abuelo adoptivo. Estas reglas ofrecen más especial interés en el derecho antiguo cuando la emancipacion ó adopcion se verifican por ventas sucesivas, separadas entre sí por intervalos frecuentemente largos; pues la concepcion del hijo pudo haber ocurrido en uno de estos intervalos. El hijo concebido ántes de la tercera emancipacion nacia bajo la potestad de su abuelo. Respecto al hijo concebido con posterioridad á la tercera mancipacion, pero ántes de la emancipacion de su padre, era concebido *in mancipio*; adaptándonos al rigor de los principios, diremos que debió nacer *in mancipio:* tal era la opinion de varios jurisconsultos. Sin embargo, ha prevalecido una opinion distinta que considera incierta la condicion del hijo miéntras el padre está *in mancipio*, pero que tan pronto como el padre sea emancipado, el hijo cae bajo su potestad.

VII. La coempcion.—Era una clase de venta por la cual adquiria el marido sobre la mujer (*loco filiæ familiæ*) todos los derechos de un padre de familia, destruyéndose la potestad del padre natural. (Gayo, C. I, § 136.) Esta forma desapareció en la época de Justiniano.

TITULO XIII

De las tutelas.

Subdivision de las personas «sui juris».—Distingue Justiniano las personas *sui juris* en tres clases: unas están en tutela, otras en curatela, otras, por fin, que no están ni en una ni en otra. *Quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur.* (Instit., *pr.*, lib. I, tít. XIII.)

Definicion y carácter de la tutela.—La tutela es un poder sobre una cabeza libre, dado y permitido por el derecho civil para la proteccion de aquel que á causa de su edad no puede defenderse á sí mismo. Tal es la definicion de la Instituta (§ 1, eod.), segun Servio.

Los tutores son aquellos que tienen este poder y autoridad. (Instit., § 2.)

Analicemos la definicion de la tutela. Es *un poder* (*vis ac potestas*) que se nos presenta con un carácter nuevo que no es ni el de la patria potestad ni el de la potestad dominical; la idea de proteccion es en este poder la dominante (*ad tuendum*). (Instit., § 2.)

Sobre una cabeza libre (*in capite libero*).—Estas palabras indican que la persona puesta en tutela debe ser *sui juris*, es decir libre de la potestad patria y de la dominical.

Dado y permitido por el derecho civil.—La organizacion de la tutela es de derecho civil, aunque sea conforme á razon natural que á todos los incapaces se les dispense proteccion. La tutela se somete á ciertas reglas particulares; es *dada* (*data*) cuando la misma ley la confiere á tal ó cual persona determinada y es *permitida* (*permissa*) cuando el testador, en uso de la facultad que las leyes le conceden, designa por sí mismo la persona del tutor.

¿Cuáles son las personas que están en tutula?—1º Los impúberes *sui juris*; 2º Las mujeres púberes cualquiera que sea su edad. Veremos, ante todo, la tutela de los impúberes.

Clasificacion de las tutelas.—Son de tres clases: la tutela *testamentaria*, la tutela *legítima*, esto es, la deferida directamente por la ley y la *dativa* ó sea la deferida por el magistrado.

TÍTULO XIV.

Tutela testamentaria.

Generalidades.—La tutela testamentaria se prefiere á todas las demás y sólo en falta de tutor testamentario cabe acudir á otros tutores. Antiguamente no podia conferirse esta tutela sino por testamento; en el último período del derecho pudo hacerse por codicilo confirmado.

¿Quién puede dar tutor por testamento?—Sólo el jefe de familia puede nombrar tutores testamentarios; de modo que no gozan de semejante derecho ni las mujeres, ni los que sólo tienen descendientes por hijas, ni *á fortiori* los que carecen de hijos.

¿A quién puede darse un tutor por testamento?—Sólo á los que, colocados actualmente bajo la potestad del jefe de familia, serán por su muerte *sui juris*; ó en otros términos, á los que son llamados á sucederle como herederos suyos *jure civili*. Ejemplo: un abuelo no puede dar tutor á sus nietos ó nietas si éstos, despues de la muerte de aquél, han de recaer en la potestad de su propio padre; de modo que si en el momento de su muerte aquel abuelo tiene todavía en su potestad al hijo, no podia nombrar tutor testamentario á sus nietos. (Instit., § 3, lib. I, tít. XIII.)

La facultad de nombrar un tutor testamentario tambien podrá ejercerse respecto de los hijos legítimos á quienes se deshereda sin dejarles nada. (L. 4, D., *De test. tut.*, lib. XXVI, tít. II.)

Es nulo, en principio, el nombramiento de un tutor testamentario para el hijo emancipado; pero en consideracion á la voluntad del padre, el magistrado declarará la validez pura y simplemente (*sine inquisitione*); de modo que esta intervencion no quita al tutor su carácter de testamentario. (Instit., § 5, lib. I, tít. XIII.)

Tambien se puede nombrar tutor al hijo *póstumo*, esto es, al que nace despues de la muerte del testador, pero que fué

concebido ántes. El jurisconsulto Cuyas ha dado á la palabra póstumo una interpretacion que no ha sido generalmente aceptada; segun su opinion, póstumo es el hijo nacido con posterioridad á la confeccion del testamento, pero ántes de la muerte del testador.

Nótese, además, que el padre de familia sólo puede nombrar tutor testamentario para el póstumo en el caso en que podria nombrarlo para el hijo ya nacido. Es preciso, pues, que el póstumo se halle en tal situacion que si hubiese nacido en vida del testador debiera ser heredero suyo y estar bajo su inmediata potestad. (Instit., § 4, eod.) Esta opinion referente al hijo póstumo, es contraria á los principios. En el derecho romano no se puede insertar en un testamento disposicion alguna que no se refiera á una persona cierta, de la cual se conozcan las cualidades individuales.

Observacion.—Para que la tutela testamentaria exista, se requiere una manifestacion exacta de la voluntad del testador. La Instituta (§ 5, lib. I, tít. XIV), ofrece algunas reglas para interpretar esta voluntad. Cuando un testador ha nombrado tutores para *sus hijos* ó para *sus hijas* vienen comprendidos en estas expresiones los *póstumos*, pero no los *nietos* (*nepotes*). Otra cosa es si ha dicho *liberis suis*, porque se aplica este nombre lo mismo á los hijos que á los nietos. Pero si el tutor se ha dado á los *posthumis*, se comprenderán bajo esta palabra todos los demás nietos lo mismo que el hijo póstumo.

¿Quién puede ser nombrado tutor testamentario?—Puede serlo aquel con quien se tenga la *testamentifactio*, es decir, aquel que podria ser instituido heredero y favorecido con legados (*testamento tutoris hi dari possunt cum quibus testamenti factio est*). (L. 21, D., *De test. tut.*, lib. XXVI, título II.) Es necesario, por otra parte, que la persona llamada á la tutela sea capaz de ocupar cargos públicos, pues que, hasta cierto punto, la tutela es un cargo público. Por consiguiente, quedan excluidos del mismo el peregrino, el manumitido *deditício*, el deportado y la persona incierta que es aquella de la cual el testador no puede tener idea exacta, *quia certo judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.* (Instit., § 27, libro II, tít. XX.)

Pero tampoco pueden ser llamados á desempeñar la tùtela todas las personas con quienes existe la *testamenti factio;* así, el latino juniano la tiene para ser instituido heredero ó legatario, y, sin embargo, no es apto para la tutela. (Ulpiano, *Regl.*, tít. XI, § 16.)

La mujer, como incapacitada para los cargos públicos, no puede ser tutora. (L. 26, *pr.*, D., *De tut. test.*, lib. XXVI, título II.) Sin embargo, el emperador puede alzar esta prohibicion concediéndole la tutela de sus propios hijos. (L. 18, D., *De tutel.*, lib. XXVI, tít. I.)

Una constitucion de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio (L. 2, C., *Quand. mulier tut.*, lib. V, título XXXV) y una novela de Justiniano (CXVIII, cap. V), introdujeron, acerca de este punto, notables modificaciones.

El esclavo.—Puede nombrársele tutor testamentario dándole la libertad. En el último estado del derecho, el nombramiento de tutor entraña la manumision. (Instit., § 1, lib. I, tít. XIV.) No sucede lo propio cuando el esclavo es nombrado tutor por error del dueño, que le juzgaba libre, pues en este caso no hubo, ciertamente, intencion de manumitirlo (§ 1). Tampoco hay motivo para interpretar favorablemente la voluntad del testador cuando ha conferido á su esclavo la tutela bajo esta condicion: *quum liber erit*, ó sea, *para el tiempo en que será libre el esclavo* (§ 1). No es posible tampoco nombrar tutor al esclavo *de otro* (§ 1); cuando más, poniendo la cláusula *quum liber erit*, el nombramiento del esclavo de otro valdria como condicional, esto es, subordinado á su libertad futura; sin esta condicion, el nombramiento es nulo de pleno derecho. En tiempo de Justiniano, sin embargo, presumíase, salvo prueba en contrario, que el señor habia dado la libertad fideicomisaria al esclavo de otro cuando le nombraba tutor; y en su consecuencia, el heredero debia comprar el esclavo y manumitirlo, por cuyo medio se le colocaba en la condicion de los hombres libres y se capacitaba para el desempeño de las funciones tutrices. (L. 10, § 4, D., *De. test. tut.*, lib. XXVI, título II.)

El loco (*furiosus*) no puede ser tutor en tanto que persista su locura. (Instit., § 2, lib. I, tít. XIV.)

El menor de veinticinco años no puede serlo hasta que alcance la mayor edad. (§ 2, eod.)

¿Bajo qué modalidades puede hacerse la tutela testamentaria?—El nombramiento de tutor testamentario puede ser *condicional* ó *á término*.

Condicional bajo dos distintos modos: sea que la tutela se subordine al cumplimiento de un hecho (*sub conditione*), como p. e.: *Primus* será tutor de mis hijos *si navis ex Asia venerit*; sea que deba terminarse por la llegada de un suceso cualquiera (*usque ad certam conditionem*), como p. e.: *Primus*, tutor de mis hijos cesará en su cargo *si navis ex Asia venerit*.

A término por dos maneras diferentes: ó *Primus* será nombrado tutor por cierto tiempo (*ad certum tempus, ad diem*), p. e. por cinco años; ó no lo será hasta tal época (*ex certo tempore, ex die*), p. e.: *Primus* tomará la tutela de mis hijos cinco años despues de mi muerte. (Instit., § 3, lib. I, tít. XIV; L. 8, § 2, D., *De test. tut.*, lib. XXVI, tít. II.) Justiniano ha creido necesario esclarecer este último punto, porque era nula la institucion de heredero hecha por un tiempo y á partir de una época determinada.

Observaciones.

1ª Antes de Justiniano hubo empeñada controversia entre proculeyanos y sabinianos para resolver si el nombramiento de tutor en testamento, era ó no válido cuando se hacia preceder á la institucion de heredero. (Gayo, C. II, § 229 y sig.) Justiniano, adoptando la opinion proculeyana, declaró que tenian validez, no solamente la designacion de tutor, sino tambien los legados y manumisiones puestas *ante heredis institutionem*. (Instit., § 3, eod.)

2ª Por regla general, no se puede nombrar tutor solamente para ciertos bienes ó para determinados negocios del pupilo; pues con esta dacion se desconoceria el carácter esencial de la tutela, cuyo fin es la proteccion de todos los intereses del pupilo (Instit., § 3); tal designacion seria, por consiguiente, nula. (L. 13, D., *De test. tut.*, lib. XXVI, tít. II.)—No hay obstáculo ninguno que impida nombrarle al pupilo varios tu-

tores á la vez, los cuales, investidos de idénticas facultades, ejercen la misma mision y se hallan sujetos á iguales responsabilidades. La pluralidad de tutores tiene por objeto dar mayor número de garantías al pupilo.

TÍTULO XV.

Tutela legítima de los agnados.

Definicion.—Llámanse, generalmente hablando, tutores *legítimos* aquellos que reciben su cargo por ministerio de la ley, y sobre todo aquellos que son llamados en virtud de la ley de las Doce Tablas, ya expresamente, ya como consecuencia de la misma. (Ulpiano, *Regl.*, tít. II, § 3.) Tal es el carácter de la tutela de los agnados regulada expresamente por la ley de las Doce Tablas. (Instit., *pr.*, lib. I, tít. XV.,)

¿Cuándo se abre la tutela legítima de los agnados?— 1° Cuando el padre de familia no ha otorgado testamento, ó no ha hecho ninguna *datio tutoris* en el que otorgare, ó bien ha designado un tutor incapaz.

2° Cuando ha muerto el tutor nombrado ó ha venido á ser incapaz en vida del testador. (Instit., § 2, lib. I, tít. XV.)

3° Cuando muere ó se incapacita despues de haber comenzado á ejercer sus funciones *filio adhuc impubere manente*. (L. 6, D., *De legit. tut.*, lib. XXVI, tít. IV.)

4° Cuando fué nombrado *usque ad diem* ó *usque ad conditionem* y ha vencido el término ó se ha realizado la condicion.

5° Cuando fué nombrado bajo condicion y ésta no ha tenido cumplimiento.

En una palabra; la tutela no se defiere á los agnados, sino cuando es positivo que no hay ni habrá tutor testamentario. (L. 2, *pr.*, D., *De test. tut.*, lib. XXVI, tít. II.) Así, pues, cuando se ha nombrado un tutor á término ó bajo condicion ó el tutor llamado está loco, enfermo ó cautivo, la tutela legítima dejará el lugar á la tutela deferida por el magistrado

hasta el dia en que el tutor, capaz de derecho, pero incapaz de hecho, pueda ejercer sus funciones; ¡tal es el respeto que la ley tributa á la voluntad del padre de familia! El nombramiento que él ha hecho en su disposicion testamentaria, bien que en realidad puede reducirse á una mera espectativa, hace caducar el derecho de la familia y confía el cuidado de los hijos durante la incapacidad del tutor testamentario á la solicitud del magistrado.

¿A quién se defiere la tutela entre los agnados?—La tutela legítima se defiere al agnado ú agnados del grado más próximo; á aquel ó á aquellos que reçogerian la sucesion del impúber cuando muriese, y que por lo mismo tienen mayor interés en la conservacion de su patrimonio. Así este agnado ó agnados pueden reivindicar la tutela legítima como un derecho que les corresponde. (Instit., § 8, lib. I, tít. XVI.)

Sólo por una excepcion, la tutela legítima no sigue el órden sucesorio cuando es una mujer la que se halla en el más próximo grado de agnacion, porque las mujeres, á pesar de su llamamiento á la herencia, son incapaces para ser tutoras, segun la ley de las Doce Tablas. (L. 1, § 1, D., *De leg. tut.*, libro XXVI, tít. IV.)

En defecto de los agnados, la ley de las Doce Tablas llamaba á los *gentiles* para la tutela legítima (1); tal es, por lo ménos, la opinion generalmente sostenida (2).

Al explicarnos las Instituciones cuáles son los derechos de los agnados á la tutela, nos enseñan cómo se puede perder junto con la cualidad de agnado, los derechos de tutela que le son anejos; y á continuacion, extendiendo el círculo de su

---

(1) V. más adelante, lib. III, tit. II.

(2) Sic., Mrs. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, nº 193 (7ª edic.); Demangeat, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, p. 338; Accarias, *Préc. de dr. rom* (2ª edic.), t. I, nº 132; Labbé, *á son cours.*—Esta opinion ha recibido un carácter de probabilidad todavía más evidente por el descubrimiento del texto de la *Laudatio funebris de Turia*, publicada por M. Ch. Giraud (en su *Vestigia juris romani*, p. 670 y sig. y en su *Novum Enchiridion juris romani*, p. 670 y sig.) Dicho texto demuestra que habia para las mujeres púberes una tutela de los *gentiles*. Esta especie de tutela debió existir, pues, para los impúberes. Para ponerlo en duda seria preciso demostrar que los romanos tenian dos sistemas de tutela: uno para los pupilos y otro para las mujeres púberes. V. M. Lyon-Caen, sobre M. Accarias, *Rev. crít. de Legislat.*, 1874, t. III, p. 391.

estudio, exponen las caducidades que pueden afectar al ciudadano romano.

TÍTULO XVI.

De la capitis deminutio.

Definicion.—La palabra *caput* (1), designa en este lugar el conjunto de los derechos que constituyen el estado de las personas. Frecuentemente se suele usar como sinónima la palabra *status*.—En cuanto á la de *deminutio* ó *minutio* (2) implican la idea de una caducidad, ó por lo ménos, de una trasformacion que afecta al *status*.

Elementos constituyentes el estado de las personas.—El estado del ciudadano romano se compone de tres principales elementos (L. 1, D., *De cap. min.*, lib. IV, tít. V.):

1° La libertad; 2°, la ciudad; 3°, la agnacion. Los cambios de estado pueden afectar á uno ó á varios de los citados elementos; así un ciudadano puede caer en esclavitud; puede perder la ciudadanía sin ser esclavo; puede salir de la familia quedando ciudadano y libre. Estas vicisitudes se han graduado segun la modificacion más ó ménos profunda que causan en el estado del ciudadano.

Distintos grados de la «capitis deminutio».—Son tres:

1° La *maxima capitis deminutio*.

2° La *media capitis deminutio*.

3° La *minima capitis deminutio*.

---

(1) Segun Niebuhr, *Hist. rom.*, t. I, p. 606, t. II, p. 460, y M. de Savigny, *Zeitschrift fur geschichtliche Rechts.*, t. VI, n° 5, t. XI, n° 2, la voz *caput* debió significar en su origen el capítulo que correspondia en los registros del censo á cada ciudadano y la voz *deminutio* las supresiones ó modificaciones hechas en aquel capítulo.—V., sin embargo, M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 93, p. 296, nota 36 (3ª edicion.)

(2) La palabra *minutio* ó *deminutio* significa propiamente *destruccion* y no *disminucion*. V. MM. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, (2ª edic.), t. I, n° 177, p. 398: Gide, *Rev. de Legislat.*, año 1874, p. 39, nota 5.

Las causas que importan la *maxima capitis deminutio* son aquellas que producen esclavitud; las tenemos ya conocidas (1) y nos basta enumerarlas. Son, segun Justiniano, la condenacion á una pena que lleve consigo la *servitus pœnæ*; la revocacion de la manumision por ingratitud; el hecho de haberse dejado vender como esclavo para participar del precio. (Instit., § 1, lib. I, tít. XVI.)

Las causas que importan la *media capitis deminutio*, son aquellas por las cuales se pierde la ciudadanía. Tambien las hemos estudiado (2); tal es, en tiempo de Gayo, la interdiccion del agua y del fuego, sustituida en la época de Justiniano por la deportacion á una isla. (Instit., § 2, eod.)

Las causas que importan la *minima capitis deminutio*, son aquellas por las cuales se sale de la familia. Las conocemos ya: la *manus*, la adrogacion, la legitimacion, la adopcion y la emancipacion. (Instit., § 3, eod.)

Se ha suscitado una discusion respecto al carácter de la *minima capitis deminutio*. Segun M. de Savigny (*System.*, t. II, apéndice 5°, n° 11 y sig.), no debió existir la *minima capitis deminutio*, sino en tanto que hubiese incapacidad, disminucion de la aptitud jurídica de la persona. De lo cual se desprende: 1°, que los hijos del adrogado que pasan junto con su padre bajo la potestad del adrogador no sufren *minima capitis deminutio*, porque despues de la adrogacion de su padre se hallan en la misma condicion de hijos de familia que tuviéron ántes de aquel acontecimiento; 2°, que la hija *in patria potestate* pasando *in manum mariti* y el hijo *in potestate* emancipado por declaracion del magistrado, no habiendo empeorado en el primer caso y habiendo en el segundo mejorado su condicion, no serán de ningun modo *capite minuti*.

Este sistema no pasa de ser una mera conjetura que los textos desautorizan de la manera más evidente. (Gayo, C. I, § 162; L. 3, *pr.*, D., *De cap. min.*, lib. IV, tít. V; Ulpiano, *Regl.*, tít. XI, § 13.) Hoy se reconoce unánimemente que la *minima capitis deminutio* es la consecuencia que sigue á todo

(1) V. ántes tit. III, p. 61 y sig.
(2) V. ántes tit. XII, p. 117.

cambio de familia (1). No deja de ofrecer esta cuestion mucho interés, porque la *capitis deminutio,* áun la mínima, produce algunos efectos de notable importancia.

La *maxima capitis deminutio* implica siempre las dos siguientes; la *media capitis deminutio* comprende tambien la mínima.

Principales efectos de la capitis deminutio.—La *capitis deminutio*: 1°, rompe la agnacion (Gayo, C. I, § 158); 2°, hace desaparecer la *gentilitas* (2); 3°, trae consigo la pérdida de la cualidad de patrono y de todos los derechos que le son propios (Gayo, C. III, §§ 51 y 83); 4°, invalida el testamento anterior (Gayo, C. II, § 145); 5°, extingue los derechos de usufructo y de uso ya creados ó el derecho de crédito que tiene por objeto la constitucion de aquéllos (efecto que no produjo ya la *minima capitis deminutio* en tiempo de Justiniano); 6°, extingue tambien el derecho que hizo nacer la *litis contestatio* en favor del *capite minutus*, actor en una instancia que sea *judicium legitimum*; 7°, produce la disolucion de la sociedad en que tenga parte el *capite minutus* (Gayo, C. III, § 158); 8°, exime al *capite minutus* del pago de sus deudas á ménos que resulten de un delito ó cuasi-delito. (L. 2, § 3, D., *De capit. min.*, lib. IV, tít. V.)

Quedan subsistentes despues de la *capitis deminutio*:

1° La *cognacion*, esto es, el lazo de la sangre. Así el hijo emancipado podrá pedir siempre alimentos á su padre natural. Sin embargo, seria distinto si la cognacion resultara exclusivamente de la agnacion en virtud de este principio: *Cessat causa, cessant effectus*. (Instit., § 6, lib. I, tít. XVI.)

2° La obligacion natural de pagar sus deudas.

3° La obligacion civil cuando se trata de deudas provenientes de un delito ú cuasi-delito.

4° La accion de injurias. Cuando he recibido un ultraje la

---

(3) Sic., MM. Ducaurroy, t. I, n° 235: Ortolan, t. II, n° 207 (7ª edic.): Demangeat, t. I, p. 348 y sig.: Accarias (2ª edic.), t. I, n° 180, p. 400, texto y nota 2: Vangerow, *Lehrbuch*, § 34: Goudsmit, *Cours des pandect.*, § 23, p. 50: Namur, *Cours d'Instit.*, (2ª edic.), t. I, § 42, p. 57: Machelard y Labbé en sus obras.—Véanse además M. Maynz, t. I, § 98, p. 294, texto y nota 31 (3ª edic.)

(2) Sic. MM. Demangeat, t. I, p. 347: Accarias, t. I, n° 182, p. 391.

accion que me concede la ley sobrevive á la *capitis deminutio* que más tarde pueda sufrir.

TITULO XVII.

Tutela legítima de los patronos.

La tutela de los libertos corresponde á sus patronos ó á sus descendientes aunque sean emancipados (Gayo, C. III, § 58), porque estas personas ocupan respecto á los libertos el lugar de agnados. Esta tutela se llama *legítima*, porque deriva, no de los términos literales, sino de una interpretacion de la ley de las Doce Tablas. Dicha ley establece que la herencia de los libertos fallecidos abintestato sea deferida á los patronos ó sus hijos y de aquí han deducido los jurisconsultos que segun el espíritu de la ley la tutela debia corresponder á los patronos ó á sus hijos, toda vez que los agnados que la ley llama á la sucesion son los mismos que llama á la tutela. Existe, pues, una correspondencia íntima entre las ventajas de la sucesion y las cargas de la tutela. (Instit., lib I, tít. XVII.) Exceptúase la mujer que manumite al esclavo impúber; es llamada á la sucesion, pero el magistrado nombra otra persona para ejercer la tutela. (Instit. *ibid.*)

¿Qué se dirá del manumitido latino-juniano?—En general tiene por tutor á su patrono ó los herederos del mismo, sean descendientes ó no. (Gayo, C. I, § 167.) Pero si el manumitido viene á ser latino-juniano á merced de una *manumissio* hecha por un señor que no le tuviese más que en propiedad bonitaria (*sui bonis*), se hallará colocado bajo la tutela de su *dominus ex jure Quiritium* ó de los descendientes de este último, al paso que sus bienes pasarán, cuando muera, al *dominus* que le tuvo *in bonis*. (Gayo, C. III, §§ 56 y sig.)

TÍTULO XVIII.

De la tutela legítima de los ascendientes.

A semejanza de la tutela de los patronos y de sus descendientes se ha deferido al padre emancipador sobre los hijos emancipados ántes de la pubertad, una tutela que tambien se llama *legítima* (1) por consideracion al emancipador á quien su cualidad de padre debia darle por lo ménos el mismo honor que á un patrono. Esta clase de tutela no estaba prevista por la ley de las Doce Tablas. (Instit., lib. I, tít. XVIII.)

TÍTULO XIX.

De la tutela fiduciaria.

Esta tutela correspondia en su orígen al *manumissor* y á sus hijos sin distincion entre el ascendiente emancipador y el *extramens*. Sin embargo el primero, como acabamos de indicarlo, se consideraba por un favor especial como tutor *legítimo*. Los descendientes del padre emancipador extraño y sus hijos se llamaban *fiduciarios*, probablemente á causa de los pactos de fiducia que al principio se añadian con mucha frecuencia en las manumisiones. En la época de Justiniano la tutela fiduciaria del emancipador extraño y de sus hijos desapareció á causa de haber cesado las formas antiguas de la emancipacion (2). La tutela fiduciaria de los descendientes del padre emancipador subsiste sólo con su antigua denominacion que no presenta ya más que un sentido histórico, sobre todo despues de las modificaciones introducidas por la novela CXVIII.

---

(1) Véase más arriba, p. 127.
(2) Véase más arriba, p. 120.

TÍTULO XX.

Tutela deferida por el magistrado.

Generalidades.—La tutela deferida por el magistrado nos lleva á un estado social más adelantado. Merced á la ingerencia del Estado en la proteccion de los incapaces, pierde la tutela su carácter doméstico para tomar el de un cargo público.

Los comentaristas modernos dan el nombre de tutores *dativos* (1) á los que nombra el magistrado; pero esta denominacion no la vemos empleada en los textos, que les dan generalmente la de tutores Atiliano y Julio-Ticiano, por el nombre de las leyes *Atilia* y *Julia-Titia*, que han establecido esta clase de tutela.

En qué casos hay lugar á la tutela deferida por el magistrado.—El magistrado defiere la tutela:

1º Cuando el pupilo no tiene tutor testamentario, ni legítimo, ni fiduciario;

2º Cuando hay esperanza de tutor testamentario, lo cual sucede cuando se ha nombrado *ex die certo* ó *sub conditione* (2);

3º Cuando el tutor testamentario ó el legítimo despues de haber empezado el ejercicio de su cargo, presenta excusa ó es destituido. (L. 11, § 4, D., *De test. tut.*, lib. XXVI, tít. II);

4º Cuando el tutor dado al pupilo cae prisionero del enemigo. (L. 15, D., *De tutel.*, lib. XXVI, tít. I);

5º Cuando el tutor testamentario ó legítimo capaz de derecho es incapaz de hecho, lo cual sucede cuando viene á ser loco, sordo ó mudo, etc.

¿A qué magistrados corresponde la «datio tutoris»?—El derecho de nombrar un tutor es un derecho extraordinario y excepcional.

Por esto sólo corresponde al magistrado nominalmente investido de esta facultad por un acto legislativo.

---

(1) En el antiguo derecho se llamaba *dativus* el tutor dado por testamento. (Ulpiano, Regl., tit. XI, 14; Gayo, C. I, § 154.)

(2) Véase más arriba, p. 126.

Cuatro magistrados han tenido sucesivamente competencia para deferir las tutelas:

1° Segun la ley Atilia (1) el *pretor urbano* asistido por el colegio de los tribunos del pueblo (Instit. *pr.*, lib. I, tít. XX);

2° Bajo el reinado de Claudio, los *cónsules*, mediante una informacion de la moralidad, capacidad y fortuna del tutor (Instit., § 3, eod.);

3° Bajo el reinado de Marco-Aurelio el *prætor tutelaris*;

4° Por último, en época indeterminada, el *prefecto de la ciudad* comparte la tarea con el pretor *secundum suam jurisdictionem.* (Instit., § 4, eod.). Tal es el postrer estado del derecho.

En las provincias, la ley *Julia-Titia* dada en tiempo de Augusto, año 723 (2) fijó la legislacion sobre la tutela, en cuya forma subsistió invariablemente hasta Justiniano.

El *gobernador* de la provincia estaba siempre investido con el derecho de nombrar tutores.—Desde Justiniano los *magistrados municipales* tuvieron esta facultad cuando la fortuna del pupilo no excediera de 500 solidos. (Instit., §§ 4, 5, eod.) Es probable que ántes de Justiniano los magistrados municipales no tuviesen más que un derecho de presentacion, del que hiciesen uso formando una lista de los indivíduos que juzgasen capaces de llenar las funciones de la tutela, quedando reservada al gobernador la eleccion entre los continuados en la lista.

El nombramiento de tutor lo hacia el *gobernador* despues de una informacion (*ex inquisitione*) lo cual dispensaba al nombrado de ofrecer caucion. Los *magistrados municipales* no debian llenar aquella formalidad, y en este caso el tutor quedaba obligado á ofrecer caucion.

Observaciones.—El nombramiento de tutor es un acto solemne (*actus legítimus*).—Debe ser puro, simple y de presente.—No es necesario el consentimiento del tutor nombrado ni del pupilo.—El magistrado procede al nombramiento expontáneamente ó despues de informacion. Ciertas personas, como el *liberto* y la *madre* deberán requerir al magistrado para que haga

(1) La fecha de esta ley es incierta; pero en todo caso ha de ser anterior al año 557 de Roma.

(2) Comp. M. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 426 texto y nota 15.

el nombramiento, y caso de no requerirle se le imponen penas graves; esta obligacion que se les impone se llama *petitio tutoris.* (L. 2, *pr.* y § 1, *Qui pet. tut.*, lib. XXVI, tít. VI.)

TÍTULO XXI.

De la administracion y de la autoridad de los tutores.

DE LA ADMINISTRACION DE LOS TUTORES.

Funciones relativas á la persona del pupilo.—El tutor, por su sola cualidad, es ajeno á todo lo que concierne á la educacion del impúber; sólo al magistrado corresponde la facultad de resolver cómo ha de ser educado el pupilo y á quién ha de confiársele, bien que para esto deba pedir consejo al tutor y á los parientes del impúber.

Funciones relativas á los bienes del pupilo.—El principio que preside á la administracion del tutor es el de que debe consagrar á la gestion de los intereses del pupilo toda la diligencia que suele poner en sus propios negocios. Por consiguiente, se halla facultado para vender todas las cosas que pueden deteriorarse (L. 5, § 9, D., *De adm. et peric. tut.*, libro XXVI, tít. VII), para incautarse del dinero metálico á fin de prestarlo á interés ó emplearlo en la compra de inmuebles. (L. 5, *pr.* D., eod.). Debe perseguir á los deudores del pupilo (L. 15, D., eod.), pagar á sus acreedores (L. 9, § 5, eod.), ejercitar las acciones en juicio (L. 1, § 2, D., eod.), cuidar de la aceptacion de las herencias ventajosas, de los legados ó donaciones, ya entre vivos, ya *mortis causa*, en una palabra, hacer todo aquello que fuere necesario para conservar y aumentar la fortuna del menor.

Extension del poder de los tutores.—Con relacion al pupilo, el tutor debe considerarse como un mandatario. Podrá realizar actos á título oneroso pero no á título gratuito. El acto es á título oneroso cuando se obtiene un beneficio equivalente

al que se procura á un tercero; no hay disminucion de patrimonio para ninguna de las dos partes.—En general puede realizar el tutor actos á título oneroso por su sola voluntad; excepcionalmente necesita obtener un decreto del magistrado para ciertos actos graves, particularmente para las enajenaciones de inmuebles rústicos, y desde Septimio Severo y Caracalla tambien para las de fincas sub-urbanas (D., *De reb. cor.*, lib. XXVII, tít. IX), y para las de casas y muebles preciosos desde Constantino. (L. 22, C., *De adm. tut.*, lib. V. título XXXVII.)

El acto es á título gratuito cuando se dá una cosa sin recibir el equivalente; de lo cual resulta necesariamente para el que realiza el acto una disminucion de su patrimonio. Así el tutor no puede hacer: donaciones entre vivos ni por causa de muerte (L. 22, D., *De peric. tut.*, lib. XXVI, tít. VI), ni manumisiones, etc.

DE LA AUCTORITAS DE LOS TUTORES.

Entre los romanos era preciso accionar personalmente; sólo era uno acreedor ó deudor en tanto que hubiese figurado por sí mismo en el acto. Por esto al permitir que agenciara el tutor los negocios del pupilo se le tenia propiamente por acreedor ó deudor. Pero si el tutor, en su concepto de mandatario, puede llevar á cabo la mayor parte de los actos, algunos hay que por razon de su naturaleza ó de ciertas solemnidades peculiares deben practicarse por la misma parte interesada; tales son, principalmente, las *legis actiones*, la *manumissio vindicta*, la *in jure cessio*, la *mancipatio*, la *stipulatio*, la *acceptilatio* y la *aditio hereditatis*.

Por otro lado el pupilo es capaz de derecho aunque incapaz de hecho, y su incapacidad deriva de la naturaleza y no de la ley.

De estas consideraciones ha nacido la *auctoritas tutoris* que es una especie de potestad de carácter especial creada en interés del pupilo. Merced á ella el tutor completa la personalidad jurídica del menor que, de tal suerte robustecida, le permite figurar en un acto sin que lo impidan su debilidad ó su igno-

rancia; y cuando el pupilo acciona con esta autorizacion, las consecuencias del acto afectan directamente á su persona.

¿Pero podrá siempre y á cualquiera edad el pupilo figurar personalmente en los actos que requieren su presencia y la *auctoritas* del tutor? Conviene distinguir si el pupilo es *infans* ó si ha salido ya de la *infantia*.

Es *infans* aquel que todavía no sabe hablar; no puede figurar en acto alguno, pues el contrato, la obligacion, van acompañados de palabras y hechos que no podria pronunciar ni cumplir un niño de tan corta edad. Pero como es preciso accionar personalmente podria verse comprometido el interés del pupilo si no interviniese alguno en su lugar. El tutor puede, ciertamente, obrar por sí sólo en su cualidad de administrador; pero este medio no deja de ser perjudicial en el caso de una futura insolvabilidad del tutor y de su caucion. Otro medio se ofrece: el esclavo del pupilo, investido con la capacidad de su señor, pronunciará en su nombre la interrogacion ó la respuesta, y el efecto de la obligacion se realizará en la persona del pupilo.

Respecto á los actos que no pueden realizar ni el tutor en su cualidad de administrador, ni el esclavo, y que por estar sometidos á ciertas formalidades exigen la presencia del pupilo y su participacion directa bajo la reserva de la *auctoritas tutoris* debió ser poco ménos que insuperable la dificultad en el antiguo derecho, si se atiende al rigorismo de ciertas solemnidades. Los inconvenientes desaparecieron con el trascurso del tiempo. Una constitucion de Teodosio y Valentiniano resolvió expresamente que podia el tutor aceptar una herencia por su pupilo haciéndole sentir los efectos jurídicos de la aceptacion. (L. 18, § 2, C., *De jure delib.*, lib. VI, tít. XXX.) En tiempo de Justiniano el tutor puede representar á su pupilo en un proceso, y todo cuanto se juzgara en pró ó en contra del tutor, entendíase juzgado en pró ó en contra del pupilo. (L. 1, § 2, D., *De adm. et peric. tut.*, lib. XXVI, tít. VII.)

Este primer período de completa incapacidad extiéndese hasta la edad de siete años, segun opinion general (1). Solo

---

(1) V. más adelante lib. III, tit. XIX.

entonces puede un niño hablar con algun conocimiento de lo que dice.

Desde los siete años el impúber tiene una semi-capacidad. Puede obrar siempre con autorizacion de su tutor y algunas veces sin ella. (Instit., *pr.* lib. I, tít. XXI.)

1º Puede obrar sólo, sin autorizacion del tutor, cuando *hace mejor su condicion*, lo cual sucede cuantas veces adquiere algun derecho.

2º Necesita la autorizacion del tutor cuando *empeora su condicion*, y esto sucede siempre que se obliga ó enajena, bien que alcance alguna cosa en cambio de la obligacion ó enajenacion (1).

Debemos observar que un acto que haga peor la condicion del pupilo puede, sin embargo, serle ventajoso. Por ejemplo, el pupilo enajena por un precio alzado un campo improductivo; aquí hay enajenacion y esto basta para empeorar la condicion del pupilo. No puede caber ningun género de duda cuando el pupilo, sin la *auctoritas tutoris*, realiza un acto simple como una promesa ó la remision gratuita de una deuda: estos actos son radicalmente nulos.

Pero ¿qué resolveremos cuando se trata de uno de los actos complejos que producen derechos y obligaciones recíprocas? El acto será en parte válido y en parte nulo; segun la gráfica expresion de los comentaristas, será *cojo*. Ejemplo: el pupilo compra una casa; esto tiene alguna ventaja, y por esta parte será válido el contrato, porque con ella mejora su condicion; podrá, pues, invocar la accion *empti*.

Pero al mismo tiempo se constituye deudor del precio, y con esto se empobrece. Esta segunda parte del contrato es nula, porque con ella se hace peor la condicion del pupilo; no debe quedar, pues, sometido á la accion *venditi*. (Instit., *pr.*, eod.)

Esta solucion, contraria á la equidad, tenia su temperamento en el principio de que nadie debe enriquecerse en per-

(1) Este compromiso del impúber sin la *auctoritas* del tutor vale, sin embargo, como *naturalis obligatio*. V. en este sentido MM. de Savigny, *Le droit des obligations* (2ª edic.), t. I, § 10, p. 69 (traduc. de MM. Gerardin y Jozon); Pellat, *Textes choisis des Pandec*, p. 203 y sig.; Machelard, *Obligat. natur.*, p. 200 y sig.

juicio de otro. Si, pues, el pupilo lograba un provecho cualquiera en virtud del contrato, quedaba obligado hasta donde hubiese alcanzado aquel provecho. (*Quatenus locupletior factus est.*, L. 5, § 1, D., *De auct. et cons.*, lib. XXVI, título VIII.)

Sin embargo, y por excepcion, el pupilo puede hacer peor su condicion sin el concurso del tutor en el caso de cometer un delito. Para ello es preciso que sea *proximus pubertatis*, esto es, que haya llegado á una edad cercana á la pubertad. (Instit. § 18, lib. IV, tít. I) (1).

TÍTULO XXII.

¿Por qué causas termina la tutela?

Las causas que ponen fin á la tutela pueden ser relativas al pupilo (*á parte pupilli*) ó relativas al tutor (*á parte tutoris*).

I. *Causas relativas al pupilo.*

Son cinco:

1ª La pubertad (2). (Instit., *pr.*, lib. I, tít. XXII.)

2ª El cambio de familia, cuando, p. e., el pupilo se da en adrogacion: *minima capitis deminutio*. (Instit., § 1, eod.)

3ª La pérdida del derecho de ciudadanía, ó sea la *media capitis deminutio*, porque la tutela es una institucion de derecho civil romano. (§ 4.)

4ª La esclavitud, cuando se incurre en ella por un modo

---

(1) En punto á lo que se refiere á la influencia de la edad para la capacidad de obrar y el ejercicio de los derechos, véase M. Gondsmit, ob. cit., § 27, p. 56.

(2) Hemos visto anteriormente, p. 95, cuál era la edad de la pubertad, segun Justiniano.

de derecho civil, ó sea la *maxima capitis deminutio* (1). (§ 1.)

5ª La muerte del pupilo. (§ 3.)

II. *Causas relativas al tutor.*

Son seis:

1ª La esclavitud.

2ª La pérdida del derecho de ciudadanía.

En una palabra: la *maxima* y la *media capitis deminutio* llevan siempre consigo la extincion de la tutela *ex parte tutoris*. (Instit., § 4, eod.) ¿Qué se diria cuando fuera el tutor quien sufriese la *minima capitis deminutio*? Segun el derecho clásico, este suceso destruia la tutela legítima de los agnados, la de los patronos y la del *manumissor* de un hombre *in mancipio*, porque con el cambio de familia se quebrantaba el lazo de la agnacion que constituia el fundamento de aquellas tútelas. No sucedió de igual manera en la legislacion justiniánea. (§ 4, eod.)

3ª La muerte. (§ 3.)

4ª La llegada del término y el cumplimiento de la condicion cuando se trata de un tutor testamentario nombrado *usque ad certum tempus* ó *usque ad certam conditionem*. En tales casos, el tutor testamentario cede su lugar á los agnados ó á los tutores legítimos. (Instit., §§ 2 y 5, eod.) Cuando el tutor testamentario ha sido nombrado *ex certo tempore* ó *subconditione* (2), nombra el Magistrado un tutor cuyos poderes deberán extinguirse á la llegada del término ó al cumplimiento de la condicion que sirven de punto de arranque á la tutela testamentaria.

5ª Las excusas legítimas.

6ª La destitucion ordenada por el Magistrado. (§ 6.)

CUENTAS DE LA TUTELA.

Cuando termina la tutela, el que la tuvo á su cargo debe rendir cuentas de su gestion, y si no lo hace de buen grado, puédesele obligar á ello por medio de la accion *tutelæ directa*.

(1) Véase más arriba, p. 130.

(2) Véase más arriba, p. 126.

(Instit., § 7, lib. I, tít. XX.) La distraccion de valores que puede haber cometido, le sujeta á la accion de *rationibus distrahendis*, que produce la condena al duplo de lo que haya pretendido distraer el tutor infiel. (L. 2, § 2, D., *De tut. et rat.*, lib. XXVII, tít. III.)

Para conseguir la indemnizacion á que tiene derecho el tutor por los quebrantos que la gestion de la tutela pudo haberle ocasionado, se le da contra el pupilo una accion que, como antítesis de la que al pupilo corresponde contra el tutor, se llama *actio tutelæ contraria*. (LL. 4, § 3, y 16, § 1, D., eod.)

TUTELA DE LAS MUJERES.

Naturaleza y carácter de esta tutela.—Durante mucho tiempo las mujeres *sui juris*, áun las núbiles, se hallaban sometidas á perpétua tutela.

Esta institucion, por los mismos romanos considerada como una de las que más originalidad ofrecian en su derecho clásico (Gayo, C. I, § 193), se justificaba por un motivo meramente político. Temian los romanos que, dejando á la mujer en absoluta y completa libertad de accion, abusara de ella empobreciendo el patrimonio de la familia con imprudentes liberalidades. De modo es que más se ha tomado en consideracion el interés del tutor que la conveniencia de la mujer (1).

Distintas clases de tutela de las mujeres.—La tutela de las mujeres podia ser, de igual manera que la de los pupilos, testamentaria, legítima y dativa.

---

(1) Esta opinion es hoy generalmente aceptada. Sic., MM. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, nº 254 (7ª edic.); Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 163; Demangeat, *Cours élém.*, t. I, p. 337; Namur, *Cours d'Instit* (2ª edic.), t. I, § 102, p. 135; Van Wetter, *Cours élément de dr. rom.*, t. I, § 59, p. 272; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 438, p. 168; Sumner Maine, traduc. por M. Courcelle-Seneuil, p. 147 y sig.; Gide, *Etud. sur la cond. priv. de la femme*, p. 114. Brocher, *Etude hist. et philos; sur la legitime et les reserves*, p. 40; Labbé, en su obra. Sin embargo, áun en la antigüedad se han querido dar otros motivos á la tutela perpétua, atribuyéndola á la debilidad de las mujeres, á su ignorancia, inexperiencia y ligereza: Ciceron, Pro Murena, 12; Ulpiano, *Regl.*, tít. XI, § 1: Gayo, C. I; § 144; Isidoro de Sevilla, t. XI, § 8. Gayo consideraba estos motivos más especiosos que bien fundados (C. I, §§ 190-192.)

Podian nombrar tutor testamentario el jefe de familia á sus hijas ó nietas y el marido ó su padre á la mujer *in manu*. (Gayo, C. I, §§ 144, 148.) Sin embargo, este nombramiento de tutor sólo era válido en el caso de que la mujer debiera ser *sui juris* á la muerte del testador.

El marido que moria teniendo á su mujer *in manu*, podia, en lugar de nombrarle directamente un tutor, dejarla facultada para escogerlo por sí misma (*tutoris optio*). Este tutor se llamaba *optivo* (*optivus*).—La *optio tutoris* era, segun la voluntad del testador, lata (*plena*) ó concreta (*angusta*). Cuándo la *optio tutoris* era *plena*, podia la mujer cambiar de tutor cuantas veces quisiera y repetir la opcion haciéndose asistir por una persona de su confianza en cada uno de los actos que debiese realizar. La *optio tutoris angusta*, por el contrario, permitia solamente á la mujer hacer uso de aquella facultad por un determinado número de veces. (Gayo, C. I, §§ 150-154.) (1)

Seguian luego los tutores legítimos, y lo eran para la mujer ingénua sus herederos presuntivos ó sean sus agnados (2), y para la liberta el patrono y sus hijos. Considerábase tambien como tutor legítimo el ascendiente emancipador (3) que por medio de una *mancipacion* y de una *remancipacion*, habia adquirido á su hija *in mancipio* emancipándola despues. (Gayo, C. I, §§ 155, 157, 165, 172.) La tutela legítima de las mujeres no era una carga, sino un derecho, una propiedad de familia. Principio del cual derivan las dos siguientes consecuencias: 1ª La tutela legítima podia corresponder á un impúber, á un enfermo, al loco y al mentecato, bien que interinamente debiera ejercerla otra persona. (Gayo, C. I, §§ 179, 180.) 2ª Podia ser objeto de una reivindicacion (Gayo, C. I, § 168), ó de traspaso á un tercero por medio de la *in jure cessio* (Ulpiano, *Regl.*, tít. XI, §§ 7 y 8; Gayo, C. I, § 169), en cuyo caso lo

---

(1) V. para más detalles MM. Ortolan, ob. cit., nº 256; Gide, ob. cit., p. 155; Accarias, ob. cit., nº 164.

(2) Segun el texto recientemente descubierto de la *Laudatio funebris de Turia* (v. M. Giraud, *Vestigia juris romani*, p. 230 y sig., y *Novum Enchiridion juris romani*, p. 670 y sig.), las únicas mujeres púberes sometidas á la tutela de sus agnados, eran las que habian sucedido abintestato al ascendiente cuya muerte las habia dejado *sui juris*.

(3) Véase más arriba, p. 133.

que se trasferia más que el derecho en sí mismo era su ejercicio. Ciertamente: por un lado la muerte del cesionario llamado *cessitius tutor*, ó su *capitis deminutio*, eran causa de que recuperara el cedente la tutela legítima, y por otra parte, la muerte del cedente ó su *capitis deminutio* extinguia la tutela del cesionario. (Gayo, C. I, §§ 168-170.)

A la tutela legítima va unida la tutela fiduciaria, que correspondia al *manumissor extremeus* á quien la mujer habia sido mancipada bajo condicion de manumitirla posteriormente. ¿Podian los tutores fiduciarios ceder su cargo? Esta cuestion ha sido muy controvertida; Gayo (C. I, § 172) no les reconoce aquella facultad, y á nuestro ver con fundamento, porque aquí no se trata de una carga impuesta á los tutores fiduciarios, quienes son tales por su propia voluntad (1).

De la «auctoritas tutoris».—La mujer núbil podia, no obstante la tutela, gestionar por sí misma sus negocios (*negotia gerit*); la tarea del tutor limitábase á prestar su autorizacion (*auctoritas*). La falta de gestion por parte del tutor le libraba completamente de toda responsabilidad, de modo que no se le podia perseguir por la accion *directa tutelœ* ni estaba obligado á rendir cuentas. (Gayo, C. I, § 191.)

No era en todas ocasiones igualmente precisa la intervencion del tutor, sino que sólo era exigida en ciertos casos cuya enumeracion nos da Ulpiano en sus *Regl.* (tít. XI, § 27); tales son: para accionar judicialmente en los litigios regidos por el derecho civil (*si lege aut legitimo judicio agat*);—para contraer una obligacion (*si se obliget*);—para practicar un acto de derecho civil (*si civile negotium gerat*) como lo seria p. e. el testamento ó una compra mancomunada con un tercero;—para permitir á su liberta que viva en *contubernium* con el esclavo ajeno,—y para enajenar una cosa *mancipi* (2).

La mujer, por el contrario, á diferencia del pupilo, podia por sí misma y sin la intervencion del tutor estar en juicio cuando se trataba de litigios no regidos por el derecho civil (*judicium non legitimum*), recibir válidamente el pago de un

(1) Sic., M. Labbé en su obra.

(2) Para más detalles acerca de estas materias véase M. Gide, ob. cit., p. 118 y siguientes.

crédito, enajenar sus *res nec mancipi* y la posesion de sus bienes. (Ulpiano, *loc. cit.*; *Fragmentos del Vaticano*, § 1.)

Decadencia y extincion completa de la tutela de las mujeres.—La *auctoritas tutoris* acabó por no ser más que pura condicion de forma, cuando intervino el pretor para obligar á prestarla á todos los tutores, ménos á los legítimos. (Gayo, C. II, § 121.) Las leyes caducarias dadas en tiempo de Augusto, emanciparon, áun de la tutela legítima, á la mujer ingénua que tuviese tres hijos; y á la liberta que tuviese cuatro de toda tutela que no fuera la del patrono y sus hijos. (Gayo, C. I, §§ 145, 149.) Un senado-consulto de la época de Claudio suprimió la tutela de los agnados. (Gayo, C. I, § 171.) Ultimamente un edicto de Teodosio (L. 1, C., lib. VIII, título XLI), concediendo á todas las mujeres los privilegios de la maternidad, las libró á todas de la tutela.

TITULO XXIII.

De la curatela.

Definicion.—La curatela es un cargo público establecido con el objeto de protejer á los que son completamente incapaces ó cuya experiencia es todavía insuficiente.

Semejanzas entre la curatela y la tutela.—Estas dos instituciones se asemejan bajo distintos conceptos:

1° La curatela, como la tutela, proteje á personas incapaces de hecho y capaces de derecho.

2° Lo mismo la primera que la segunda se aplican sólo á los ciudadanos romanos *sui juris*.

3° En beneficio de ciertos locos y determinados pródigos existe una curatela legítima confiada á los agnados y á los *gentiles*.

4° Por regla general corresponde al Magistrado el nombramiento de curador, aplicándose, respecto á este punto, las

reglas relativas á la designacion de tutor. (Instit., § 1, lib. I, tít. III.)

5° Una vez discernido el cargo, el curador queda obligado á llenar los mismos deberes que el tutor; debe hacer inventario, prestar caucion y rendir cuentas al finalizar la curatela.

6° Los límites impuestos á las facultades de los curadores, abrazan la misma extension que las de los tutores.

7° Algunos modos de extincion de la curatela son comunes á la tutela.

8° El tutor y el curador pueden invocar, á excepcion de dos casos, las mismas causas de incapacidad, de exclusion y de excusa.

En el último estado del derecho romano fué poco ménos que completa la asimilacion, ó como dicen los textos *in paucissimis distant*.

Diferencias entre la curatela y la tutela.—Como consecuencia de la analogía entre las dos instituciones, sus diferencias son muy notables:

1° El curador se da á la cosa (*curator datur rei vel causæ*); robustece con su *consensus* la persona del incapaz que obra por sí mismo; no ejerce, por decirlo así, más que una especie de fiscalizacion. El tutor se da á la persona; robustece con su *auctoritas* el acto realizado por el pupilo, pero la iniciativa del acto corresponde al tutor.

El *consensus* y la *auctoritas* se distinguen más por la forma que por el fondo, porque el tutor no cuida mucho más que el curador de la persona del pupilo. Respecto á la forma, el *consensus* se distingue de la *auctoritas* bajo dos puntos de vista.

La *auctoritas* era en lo antiguo un acto solemne que reclamaba la pronunciacion de fórmulas consagradas. En tiempo de Justiniano se requeria la presencia del tutor al propio acto en que debia prestar su autoridad. El *consensus*, por el contrario, no ha exigido jamás una fórmula determinada, y se ha podido interponer por carta ó por intermediario.

La *auctoritas* no tiene validez sino en tanto que se haya dado en el mismo instante de celebrar el acto. El *consensus* es válido aunque se otorgue despues del cumplimiento del

acto. D., *De auct. et consens. tut. et cur.*, lib. XXVI, tít. VIII.)

La *tutela* es general y permanente, de modo que un tutor no puede nombrarse para una cosa ó para un negocio especial. La *curatela* puede ser particular é intermitente, y suele tener escasa duracion.

La *tutela* es una institucion que responde á una incapacidad regular y normal, mientras que la *curatela* responde frecuentemente á una incapacidad accidental.

No existe curatela testamentaria; pero, en realidad, no es absolutamente nulo el nombramiento de un curador hecho en testamento, bien que requiere la confirmacion del Magistrado. (Instit., § 1, lib. I, tít. XXIII.)

El incapaz no tiene contra su curador una accion especial, sino que obra por la *utilis negotiorum gestorum directa*, en oposicion á la *utilis negotiorum gestorum contraria* que se concede al curador contra el incapaz.

Ciertas causas de incapacidad y de excusa son exclusivas de la curatela (1).

Distincion de la curatela.—Distínguense los curadores en dos clases:

Unos son *legítimos* (*legitimi*), porque su poder proviene de la ley de las Doce Tablas.

Otros son *honorarios* (*honorarii*), esto es, nombrados por los Magistrados que concede la tutela dativa. (Ulpiano, *Regl.*, tít. XII, § 1.)

¿Qué personas se hallan bajo curatela?—Los individuos dementes (*furiosi*) y los *pródigos* (*prodigi*), aunque tengan más de veinticinco años, se hallan colocados, segun la ley de las Doce Tablas, bajo la curatela de sus agnados. (Instit., § 3, lib. I, tít. XXIII.)

Cuando no existe ningun agnado ó cuando el más próximo es inhábil para cuidar de los negocios del loco ó del pródigo hay lugar á la curatela deferida por el Magistrado. Tambien se nombran curadores á todos los incapaces de quienes no se ocupa la ley de las Doce Tablas; á los *mantecatos* (*mentecaptis*), á los *sordos* (*surdis*), á los *mudos* (*mutis*) y á todos los que,

(1) Véase más adelante, tít. XXV, p. 152.

afectados por una dolencia crónica, no pueden cuidar personalmente de sus negocios. (Instit., § 4, eod.)

La Instituta dice (§ 5) que alguna vez se nombran curadores, áun á los mismos *pupilos*. Esto acontece cuando el tutor testamentario, legítimo ó dativo no es *idoneus ad administrationem*. No pudiéndosele imputar fraude ninguno en el ejercicio de su cargo, se le dispensará de la ignominia de una destitucion, pero se le acompañará de un curador para administrar.

Tambien cabe nombrar un curador cuando el tutor ha presentado una excusa transitoria. (Instit., *ibid.*)

CURATELA DE LOS MENORES DE VEINTICINCO AÑOS.

Segun el sistema de las Doce Tablas, el individuo que habia llegado á la pubertad legal adquiria plena y completa capacidad. Sin embargo, como podia resultar algun perjuicio de poner tan pronto en manos del niño, todavía sobrado jóven para defender prudentemente sus intereses, el absoluto gobierno de sus negocios y la direccion de su conducta (Instit., pr., lib. I, tít. XIII), fuese organizando y desenvolviendo con el trascurso del tiempo un sistema de proteccion en favor de las personas púberes que no habian alcanzado todavía la edad de veinticinco años.

La primera proteccion concedida á los púberes deriva de la ley «Plætoria». Esta ley, cuya fecha remóntase al parecer hasta el siglo VI, fija la edad de veinticinco años como la de completa capacidad (*ætas legitima*). Y como para sancionar sus prescripciones, la ley Pletoria establece una acusacion contra los que hubiesen tratado con los menores de veinticinco años y abusado de su inexperiencia para inducirles á consentir un acto perjudicial. Esta acusacion, cuando termina por una condena, imprime la nota de infamia. (Ciceron, *De nat. deor.*, III, 30.)

Para evitar los efectos de esta condena y de la anulacion del contrato, la ley Pletoria permite á los menores que se procuren un curador *ad hoc* cuantas veces justificasen causas graves para estar asistidos en la realizacion de un acto jurídico (*redditis causis.*)

Esta proteccion no era suficiente (1), y los pretores la robustecieron, concediendo á los menores de veinticinco años la restitucion por entero (*restitutio in integrum*), pero subordinando su ejercicio á tres condiciones:

1ª Que el menor tuviese ménos de veinticinco años.

En este caso se supone que la parte que contrató con el menor abusó de la flaqueza de su edad (*infirmitate ætatis.*)

2ª Que el acto fuese válido segun el derecho civil (*jure civili.*)

3ª Que hubiese causado perjuicio al menor.

Mediante la restitucion por entero el menor queda repuesto en la posicion en que se hallaba con anterioridad al acto que le causó el perjuicio.

Esta proteccion excesiva produjo la consecuencia de que, por así decirlo, se hiciera el vacío en torno de los menores de veinticinco años, porque nadie osaba contratar con ellos cuando no se hallaban amparados por un curador.

Por esta razon el Emperador Marco Aurelio hubo de generalizar la institucion de la curatela, permitiendo á los menores que solicitasen un curador sin alegar causa determinada (*non redditis causis*) y para todos los negocios en general.

De suerte que áun á pesar de haberse fijado la capacidad de derecho en una misma edad (catorce años para los hombres y doce para las mujeres), y de no imponerse forzosamente curador á los menores de veinticinco años, la curatela general ofrecia tantas ventajas que todos los menores de veinticinco años se sometieron á ella, y acabó por ser obligatoria para los adultos en los tres casos siguientes: 1º Para sostener un litigio (Instit., § 2, lib. I, tít. XXIII); 2º Para recibir un pago (L. 7, § 2, D., *De minor.*, lib. IV, tít. IV); 3º Para recibir las cuentas de una tutela (L. 5, § 5, D., *De adm. et peric.*, libro XXVI, tít. VII.) Hasta que se haga el nombramiento de

---

(1) En efecto, la *ley Plætoria* no daba proteccion al menor de veinticinco años que no podia probar la intencion fraudulenta del tercero ó que se veia perjudicado por el acto, cuando no habia mediado fraudepor parte del tercero. Por último, la ley *Plætoria* no declaraba la nulidad ¡absoluta del acto fraudulento; esta nulidad, segun todas las probabilidades, sólo podia oponerse por via de excepcion. (L. 7, § 1, D., *De except.*, lib. XLIV, tit. I.)

un curador especial la parte adversa puede negarse á proseguir el litigio, el deudor á verificar el pago y el tutor á rendir cuentas de su gestion.

La autoridad concedida al curador fué distinta segun los tiempos. A raiz de sus orígenes dejaba intacta la capacidad del pupilo; el objeto de su creacion no fué otro que dar á los terceros una seguridad plena y entera. Con el trascurso del tiempo el menor de veinticinco años fuése asimilando completamente al pupilo; era en realidad este segundo período una prolongacion de la tutela, y el *consensus* del curador tan eficaz en su accion como la *auctoritas* del tutor.

Hay un caso en que la persona menor de veinticinco años no goza de la proteccion del curador ni tiene derecho á la restitucion *in integrum*. Tal sucede cuando el hombre á los veinte años ó la mujer á los diez y ocho han obtenido del Emperador la *venia ætatis* (1) (C., *De his qui ven. ætat. impetr.*, libro II, tít. XLV), que le capacita para todos los actos que no tengan por objeto enajenar ó hipotecar inmuebles. (C., *De præd. et al. reb. minor.*, lib. V, tít. XXXV.) (2)

TITULO XXIV.

De la satisdacion de los tutores y curadores.

La *satisdacion* es la obligacion que impone la ley á los tutores y curadores, al momento de inaugurar sus funciones, de presentar una ó varias personas que, mediante ciertas formalidades, se comprometan á garantir la buena administracion de la tutela ó curatela. (*Cavere rem pupilli salvam fore*, Instit., *pr.*, lib. I, tít. XXIV.)

---

(1) El sabio profesor M. Labbé en su obra, ha comparado con mucha exactitud la *venia ætatis* con la *emancipacion* del derecho francés.

(2) ¿Podria el menor que ha obtenido la *venia ætatis* pedir que se le restituyese á su anterior estado, como si no gozase de la *venia ætatis*? La cuestion ha sido controvertida. Savigny y Vangerow por un lado sostienen la afirmativa, y por otro apoya la negativa Goudsmit en su *Cours des pand.*, § 111, p. 343.

Quedan dispensados de *satisdare* los tutores y curadores nombrados en testamento ó por un magistrado superior mediante informacion, y el patrono y sus hijos con licencia del pretor.

Están obligados á *satisdare* los tutores ó curadores legítimos, los que son nombrados sin preceder informacion por los magistrados inferiores de las ciudades, y el patrono y sus hijos cuando no han obtenido una dispensa del pretor.

¿Qué acontecerá en el caso de que el tutor ó curador se niegue á prestar la satisdacion obligatoria? Entónces el pupilo será inmitido en posesion de la totalidad ó parte de los bienes del tutor ó curador, y se nombra un curador *ad hoc* que administre en nombre del pupilo. Esta entrega de posesion tiene dos objetos: 1° Vencer la resistencia del tutor ó curador por esta especie de secuestro de sus bienes; 2° Proporcionar al pupilo una garantía. (Instit., § 3, eod.)

A mayor abundamiento, si la resistencia del tutor ó curador proviene de mala fé justificada, el magistrado puede, si es necesario, destituirlos. (L. 3, C., lib. V, tít. XLIII.)

En caso de insolvencia del tutor ó curador, el pupilo puede perseguir judicialmente al magistrado, y áun la accion alcanza á los herederos del último, pero es preciso en todo caso que por parte del magistrado se haya incurrido en falta muy grave. (Instit., § 2, eod.; L. 5, *De magist. conv.*, lib. V, título LXXV.)

Entiéndase que se trata de los magistrados inferiores de las ciudades y no de los magistrados superiores, que bajo ningun concepto están obligados á apreciar la suficiencia de la caucion. (Instit., § 4, eod.)

Aparte las citadas garantías, todos los bienes del tutor ó del curador están sujetos al derecho real de hipoteca. (L. 20, C., *De adm. tut.*, lib. V, tít. XXXVII.)

TITULO XXV.

De las excusas de los tutores y curadores.

Definicion.—Las excusas son las causas de dispensa ó de exencion que se utilizan para evitar las cargas de la tutela ó de la curatela.

DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LAS CAUSAS DE EXCUSA.

Las excusas pueden reducirse á algunas reglas generales (1):

1° Algunas se presentan como mero beneficio para el tutor; otras como medidas de proteccion establecidas en interés del menor;

2° Las excusas son *perpétuas* ó *temporales*, segun que la dispensa deba subsistir contínuamente ó sólo durante algun tiempo;

3° Hay excusas *fijas*, entendiendo por tales las que se imponen al magistrado y no pueden ser por él desatendidas cuando se ha comprobado su existencia, y excusas *variables*, que son aquellas cuya estimacion se deja al poder discrecional del magistrado, que puede, segun las circunstancias, admitirlas ó repelerlas;

4° Las excusas son además *à suscipienda tantum tutela*, ó bien *etiam à suscepta tutela vel cura;* las primeras sólo puede invocarlas el tutor que todavía no ha realizado ningun acto de gestion; las segundas aprovechan al tutor en ejercicio.

ENUMERACION DE LOS PRINCIPALES CASOS DE EXCUSA.

1° El número de hijos: tres en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias. Esta distincion no tuvo razon de ser en el derecho justinianeo, pues los derechos de ciudadanía se habian extendido por todo el Imperio. Los hijos deben ser vi-

(1) Tomamos los principales elementos de esta clasificacion de las obras de Demangeat, t. II, p. 404; Accarias (2ª edic.), t. I, n° 139.—Es la clasificacion generalmente aceptada en la facultad de París.

vos, siendo indiferente que se hallen bajo potestad ó emancipados; pero excepcionalmente se computan en favor del padre los que hayan muerto en el campo de batalla (*in acie*). Los hijos adoptivos no excusan á su adoptante, sino á su padre natural. Los nietos habidos de un hijo se tendrán en cuenta cuando vienen á ocupar el lugar de su padre premuerto. (Instit., pr., lib. I, tít. XXV.) (1)

Conviene observar que esta primera causa de excusa sólo podrá invocarla el tutor ó curador cuando todavía no hubiese comenzado su gestion. (L. 3, § 8, D., *De excusat.*, lib. XXVII, título I.)

2º La gerencia de tres tutelas ó curatelas, *quamdiu administrantur*, entendiéndose por tres tutelas tres patrimonios diferentes. (Fragm. del Vatic., § 186; Instit., § 5, eod.) No serán apreciadas las tutelas que se hayan pretendido, esto es, las que pudiendo rehusarse fueron voluntariamente aceptadas. (Instit., § 5, lib. III, tít. XXV.)

3º La ausencia en servicio de la República. (*Reipublicæ causa.*) Excusa que puede invocarse durante la ausencia y hasta un año despues de la vuelta (*anni vacationem*); y lo mismo por el tutor en ejercicio que por el que todavía no ha gestionado. (§ 2, eod.)

4º La administracion de los bienes del fisco, sólo durante la época del empleo. (Instit., § 1, eod.)

5º El ejercicio de alguna magistratura (*potestatem aliquam*); pero sólo sirve de excusa para una tutela todavía no comenzada. (Instit., § 3, eod.)

6º El ejercicio de las profesiones liberales en Roma ó en la respectiva pátria. Ejemplo: los gramáticos, los retóricos, los médicos *á tutela vel cura habent vacationem*. (Instit., § 15, eod.)

7º El litigio que el tutor ó curador sostiene contra el pupilo ó menor, con tal, sin embargo, que la contienda tenga por ob-

---

(1) Generalmente se atribuye la introduccion de esta causa de excusa á las leyes *Julia y Pappia* y *Poppæa*, dadas en tiempo de Augusto. Sic., MM. Ortolan, t. III, nº 280: Demangeat, t. II, p. 405.—Labbé en su obra, sin determinar la época de esta introduccion, le señala, sin embargo, una fecha posterior.

jeto la totalidad de los bienes *(de omnibus bonis)* ó una herencia *(vel hereditate.)* (Instit., § 4, eod.) Más tarde Justiniano (Nov., LXXII, c. I), extendió mucho más el fundamento de esta excusa, resolviendo que bastara en adelante la cualidad de acreedor ó deudor para excusarse de una tutela ó curatela.

8º El litigio promovido por el padre de familia sobre el estado del tutor. (Instit., § 12.)

9º La enemistad y los ódios capitales entre el padre del pupilo ó del menor y la persona llamada á la tutela ó curatela. (Instit., §§ 9-11.)

10. La pobreza. (Instit., § 6, eod.)

11. La falta de salud. (§ 7.)

12. La edad de setenta años.—No es causa de incapacidad, segun Justiniano, tener ménos de veinticinco años. (§ 13.)

Excusas particulares de la curatela.—Establecen las Instituciones que no puede ser obligado á tomar la carga de la curatela el que ya fué tutor de la misma persona. (Instit., § 18, eod)

De igual manera el marido á quien se nombre curador de su mujer, podrá excusarse aunque se haya inmiscuido. (§ 19.)

¿En qué forma deben proponerse las excusas?—En todas las tutelas y curatelas la excusa debe presentarse al magistrado que se halla en el primer grado de la jurisdiccion, esto es, al mismo que hizo el nombramiento ó que hubiera tenido autoridad para hacerlo. (L. 1, § 1, D., *Quand. appell.* libro XLIX, tít. IV.) Si este magistrado rechaza la excusa propuesta, queda el recurso de apelar de su decision.

El que pretenda excusarse y crea tener en su favor distintas causas, podrá, cuando algunas le hayan sido rechazadas, oponer sucesivamente las demás. (Instit., § 16, eod.)

Plazo para presentar las excusas.—El plazo es de cincuenta dias contínuos si el tutor nombrado habita en lugar distante ménos de cien millas de aquel en que se le nombró.—Si habita en lugar que diste más de cien millas, el plazo es de treinta dias fijos y además un dia por cada veinte millas, de tal manera que siempre tenga por lo ménos cincuenta dias.

(Instit., § 16, eod.) El término se cuenta desde la fecha en que la persona nombrada tuvo noticia de su llamamiento á la tutela ó curatela. (Instit., íbid.)

TÍTULO XXVI

De los tutores y curadores sospechosos.

Definicion.—La infidelidad y la inmoralidad del tutor ó curador le hacen sospechoso, y dán lugar á una acusacion (*crimen suspecti*), cuyo fin es apartarle de la tutela ó de la curatela, imprimiéndole la nota de infamia.

El orígen de esta acusacion remóntase á la ley de las Doce Tablas. (Instit., *pr.*, lib. I, tít. XXVI.)

¿Ante quién debe proponerse la acusacion?—El derecho de separar á los tutores y curadores sospechosos corresponde: en Roma á los pretores; en las provincias á los presidentes y al lugarteniente del pro-cónsul. (Instit., § 1, eod.)

Conviene hacer notar que esta acusacion se distingue de las acciones civiles y participa del carácter de las acusaciones criminales, en cuanto no dá lugar á la redaccion de una fórmula ni á remitir las partes á la autoridad del juez, sino que el mismo magistrado conoce del negocio y pronuncia el fallo.

¿Qué tutores y curadores pueden ser acusados?—Todos los tutores y curadores, sea cualquiera la forma de su nombramiento, sin exceptuar los tutores legítimos ni los patronos. (Instit., § 2, eod.)

¿Quién puede acusar?—Esta acusacion, como todas las acciones criminales, puede ser entablada por cualquier persona (*quasi publicam esse, hoc est omnibus patere.* Instit., § 3, eod.) hasta el punto de que para protejer más y más á los incapaces, se permite á las mujeres acusar á los tutores y curadores cuando les mueve á ello un legítimo sentimiento de cariño hácia el menor. (Instit., íbid.) Sin embargo, el impúber á quien por lo general se otorga el derecho de perseguir el castigo de

los delitos cometidos contra su persona, no puede intentar contra su tutor el *crimen suspecti.*

En cuanto al adulto, puede intentarlo porque ya tiene alguna inteligencia y madurez de juicio, bien que deberá consultar el parecer de las personas más próximas. (Instit., § 4, eod.)

¿Cuáles son las consecuencias del crímen suspecti? —Por el solo efecto de la acusacion y ántes ya de la sentencia quedábale al tutor ó curador absolutamente prohibido todo acto de administracion. (Instit., § 7, eod.) En caso de condena incurrirá en infamia; pero esta sólo afecta al tutor ó curador culpables de dolo, y no al que fuere separado á causa de su incapacidad. (Instit, § 6, eod.) Por último, sea cualquiera la causa de la destitucion, jamás caerá la nota de infamia sobre un ascendiente ni un patrono. (Instit., § 2, eod.)

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO PRIMERO

De la division de las cosas.

Despues de haber estudiado las *personas,* debemos pasar al estudio de las *cosas*. En el título primero, Justiniano se ocupa de las divisiones principales de las cosas y de los modos de adquirir los objetos particulares.

Definicion de la palabra cosa.—Segun el derecho romano entiéndese por *cosa* (*res*) todo lo que tiene alguna utilidad para el hombre y que, por consiguiente, puede ser materia de un derecho.

Division de las cosas.—Las principales divisiones de las cosas son las siguientes:

I. Cosas *in patrimonio nostro* y cosas *extra patrimonium nostrum.* Tal es, segun la Instituta de Justiniano (*pr*., lib. II, título I), la principal division de las cosas. El patrimonio es el conjunto de los bienes pertenecientes á una persona y sobre los cuales tiene un derecho exclusivo (*bona, pecunia*); ofrece una unidad indivisible como la persona misma, dándonos la medida de su poder en el mundo exterior. La distincion de Justiniano puede formularse diciendo: que hay cosas sobre las cuales cabe adquirir un derecho privativo (*res privatæ, res singulorum*) y otras que se hallan fuera de nuestro poder, que no son susceptibles de apropiacion particular (*res publicæ, res nullius*). Ya se comprende que la palabra *nuestro* la empleamos hablando aquí en general de los hombres y de las cosas.

II. Cosas *in commercio* y cosas *extra commercium;* así se dis-

tinguen segun que sean susceptibles de apropiacion individual, p. e. un campo de trigo, ó que no puedan ser objeto de una compra ó de un negocio comercial cualquiera, como los caminos y los edificios públicos.

III. Cosas *divini juris* y cosas *humani juris*. Gayo (C. II, § 2) hace mérito de esta division como la más importante (*summa divisio*).

Las cosas *divini juris* se subdividen en cosas: *sacræ, religiosæ, sanctæ*. (Instit., §§ 8-11.)

1º Las cosas *sagradas* (*res sacræ*) son las consagradas á los dioses superiores y á su culto. Se hacen tales en virtud de una ley seguida de una ceremonia religiosa (Ciceron, *Pro domo*, § 127) (1), y despues que han tomado este carácter no pueden ya volver á su primitiva condicion sino por medio de las mismas formalidades. Estas cosas son imprescriptibles (Ciceron, *De arusp. resp.*, § 32), inalienables, y no pueden servir como garantía de una deuda (Gayo, C. III, § 97), salvo algunas excepciones impuestas por necesidad imperiosa (L. 21, C., libro I, tít. II); el magistrado las proteje contra toda usurpacion por medio de lo que se llama *interdicto* (2).

2º Las cosas *religiosas* (*res religiosæ*), segun los principios del politeismo, son las dedicadas á los dioses inferiores. Bajo el imperio del Cristianismo son las que encierran los restos de los difuntos, como la tumba, la tierra en que reposan, la urna, etcétera. Para que una cosa se haga religiosa, es bastante la voluntad privada; yo puedo hacer religioso un terreno sepultando en él los restos de mi padre, con la sola condicion de que yo sea capaz de enajenar el terreno, porque en realidad el acto equivale á una enajenacion. (Instit., § 9, eod.) El que profanaba la sepultura podia ser perseguido por una accion de naturaleza especial (*actio sepulcri violati*), utilizable por todos los ciudadanos indistintamente por ser de interés general el respeto á las tumbas, y por este motivo llamada popular. (C., *De sepulc. viol.*, lib. IX, tít. XIX.) Un lugar religioso puede per-

---

(1) Véase sobre el carácter de esta ceremonia religiosa, *Cauvet*, *Le droit pontifical chez les anc. Romains*, p. 54 y 55.

(2) Véase, relativamente á los interdictos, *infra*, lib. IV, tít. XV.

der su carácter por la exhumacion del cuerpo, mediante permiso de la autoridad pública (1).

3° Las cosas *santas* (*res sanctæ*) segun dice Gayo (C. II, § 8), son *quodammodo divini juris*, esto es que se asimilan á las cosas sagradas y religiosas. Tales son las murallas, las puertas de una ciudad, la determinacion de sus límites (Instit., § 10, eod.), las leyes (L. 9, § 3, D., lib. I, tít. VIII), y tocante á las personas, los representantes del pueblo romano y los embajadores de los enemigos. (L. 17, D., lib. L., tít. VII.)

Es observacion comun á las tres especies de cosas *divini juris* que las reglas que las protejen se consideran pertenecientes al *jus civile*; de lo cual resulta que pierden su carácter propio cuando caen bajo el poder de los enemigos, bien que lo recobran más adelante cuando son reconquistadas. (L. 36, D., lib. XI, tít. VII.)

Las cosas *humani juris* unas son susceptibles de apropiacion individual; otras que, destinadas á utilidad comun, no pueden ser poseidas por persona determinada.

Las cosas *humani juris* que forman parte de nuestro patrimonio (*in patrimonio nostro*) se llaman á menudo *res singulorum*.

Las cosas *humani juris* que están *extra patrimonium nostrum* se dividen en cosas: *comunes,—públicas,—universitatis.*

1° Las cosas *comunes* (*res communes*) se reputan ser pertenecientes á todos los hombres y no susceptibles de apropiacion individual. A esta clase corresponden el aire, el mar y sus orillas, el agua corriente, etc. (Instit., § 1, lib. II, tít. 1.)

2° Las cosas *públicas* (*res publicæ*) pertenecen á todos los individuos de un mismo Estado. Tal sucede con los rios, los caminos, los puertos, etc. El uso de estas cosas se consiente á los extranjeros en caso de necesidad; respecto á los ciudadanos este uso es, por el contrario, un derecho. Es preciso distinguir en los rios el *agua profluens*, agua corriente que no se puede apropiar ni detener y es cosa comun, de la corriente de agua considerada como camino de navegacion. El rio así considerado en su curso constante, es cosa pública. Los propieta-

(1) Véase, sobre todos estos puntos, Cauvet, ob. cit., p. 68 y sig.: Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 68 y sig.

rios de los fundos ribereños lo son tambien de las orillas, pero están sometidos á la servidumbre creada por las necesidades de la navegacion. Así los árboles y los frutos pertenecen á los ribereños; pero, en cambio, los barqueros pueden amarrar sus embarcaciones en los troncos de las riberas. (Instit., § 2-5.) Las cosas públicas están protegidas por interdictos populares que podrá ejercitar cualquier ciudadano.

Conviene distinguir las cosas públicas propiamente dichas, de aquellas que sin estar destinadas á un uso público forman parte del patrimonio del Estado de igual manera que las de patrimonio particular. Estas cosas no se hallan por su destino excluidas del comercio como las *in usu publico*, sino que son como las de particulares, *enajenables* y *prescriptibles*. (L. 6, *pr.*, D., lib. XVIII, tít. I; L. 14, *pr.*, D., *De adquir. rer. dom.*, libro XLI, tít. I.)

3º Las cosas *universitatis* pertenecen á una agregacion de individuos á la cual reconoce la ley cierta personalidad. Son, por ejemplo, *universitates*, las ciudades, los colegios de sacerdotes, las corporaciones de escribas, las asociaciones de artesanos, etc. (D., *Quod cujuscumque univers. nom.*, lib. III, título IV). La Instituta (§ 6), cita como ejemplos de *res universitatis* los estudios ó sitios destinados á los ejercicios gimnásticos y los teatros (1).

No deben confundirse las *res universitatis* con las *res in patrimonio universitatis*, las cuales no están al servicio ni á la disponibilidad de cada miembro aislado de la corporacion, sino que son explotados por esta última como por un simple particular. (L. 7, § 1, D., *Quod cuj. universit. nom.*, lib. III, título IV.)

IV. Cosas *nullius*.—En esta categoría se colocan aquellas cosas que no pertenecen ni pueden pertenecer á nadie, como las *res divini juris*, las *res communes* y las *res publicæ*. Tambien se llaman *res nullius* las cosas que no pertenecen de momento á nadie, bien porque no hayan tenido nunca dueño, bien por-

---

(1) Acerca de las diversas clases, organizacion, formacion y término de las *universitates* y sobre la extension de su capacidad jurídica, véase Goudsmit, ob. cit., §§ 33 y sig., p. 70 y sig.

que han sido abandonadas por el que ántes tuvieron (*res derelictæ*). Estas *res nullius* son susceptibles de apropiacion individual. (L. 1, pr. D., *De div. rer.*, lib. II, tít. I.)

V. Cosas *mancipi* y cosas *nec mancipi*.—Las primeras eran aquellas que poseian los primitivos romanos empleándolas en utilidad de la agricultura. Segun dice Gayo (C. I, § 192), las cosas *mancipi* eran consideradas como las más preciosas (*pretiosoribus rebus*). En este órden se comprendian: 1° los inmuebles radicados en Italia, tuviesen ó no edificacion; 2° las servidumbres anejas á los predios rústicos, como los derechos de paso, de acueducto, etc.; 3° los esclavos, los animales destinados al servicio del hombre, las bestias de tiro y de carga. (Gayo, C. II, §§ 15 y 17, Ulpiano, Regl., tít. XIX, § 1.)

Las cosas *nec mancipi* eran todas las no comprendidas en la enumeracion de las *mancipi*; tales como los animales salvajes, los fundos provinciales y todas las demás servidumbres que no fuesen las rurales radicadas en Italia (1).

Esta distincion ofrece gran interés práctico bajo el punto de vista del modo de adquisicion; la *mancipatio* sólo trasferia la propiedad de las cosas *mancipi*.

VI. Cosas *corporales* y cosas *incorporales*.—Como esta distincion forma objeto de un título especial de las Instituciones (lib. II, tít. II), dejamos para su lugar oportuno el desarrollo de esta materia. (V. *infra*, p. 173.)

MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

Estos modos de adquisicion pueden reducirse á cuatro clases principales, á saber:

1° Modos *originarios* y modos *derivativos*. Por los primeros no se verifica una trasmision, sino que se constituye una nueva propiedad. Por los segundos, al contrario, se trasmite la propiedad de una persona á otra.

---

(2) Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 15; de Fresquet, *Tr. elém. de dr. rom.* t. I, p. 212 y sig.; Ortolan, t. II, p. 236, nota 3; Demangeat, t. I, p. 425 y 426; Accarias, *Préc. de dr. rom.* num. 196, p. 435 y sig. (2ª edic.); Machelard, *Rev. crit. de legisl.* t. XXIX, página 253; Gide, *Et. sur la condit. priv. de la femme*, p. 118; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 177, p. 565 y 566, texto y notas 12-18 (3ª edic.); Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 75, p. 294.

No carece de importancia práctica esta distincion, porque cuando la adquisicion tiene lugar por uno de los modos originarios, el derecho de propiedad existe en toda su plenitud, el adquirente no tiene predecesor ó causante (*auctor*); al paso que realizándose la adquisicion por uno de los modos derivativos, el adquirente hace suyo el derecho tal como lo tenia el causante, con todas las restricciones que limitaban este derecho. De donde ha nacido la siguiente máxima: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*.

2º Modos *á título particular* y modos *á título universal*. Aquellos tienen por objeto uno ó varios bienes individualmente considerados, y estos trasmiten el conjunto de bienes de un individuo, ó por lo ménos una fraccion de dicho conjunto.

3º Modos de adquisicion *inter vivos* y modos de adquisicion *mortis causa*.

4º Modos de *derecho natural* ó de *derecho de gentes* y modos de *derecho civil*. Esta distincion, formulada por Gayo (C. II, §§ 65 y 66), se vé reproducida en la Instituta (§ 11, lib. II, tít. I), pero en la época de Justiniano habia perdido ya toda su importancia. La tomaremos nosotros como base de nuestra exposicion.

A. MODOS DE ADQUIRIR POR DERECHO DE GENTES.

Estos modos son tres: la ocupacion, la accesion y la tradicion.

I. *De la ocupacion.*

Definicion.—La ocupacion es el hecho por el cual una persona toma posesion de una cosa *nullius*; entendiéndose á tal efecto como cosa *nullius* la que estando en el comercio de los hombres no pertenece de momento á dueño ninguno. Al tener lugar esta toma de posesion resulta una adquisicion en provecho del ocupante; esta adquisicion es la *propiedad*. (L. 3, pr. D., *De adquir. rer. dom.*, lib. XLI, tít. I.)

Condiciones de la ocupacion.—Es preciso:

1º Que la cosa, susceptible de entrar en el patrimonio del hombre, no sea propiedad de nadie (*res nullius*.)

Citan las Instituciones (§§ 12, 19, 47 y 48) numerosos ejemplos de cosas á las cuales puédese aplicar la ocupacion. Tales son los animales salvajes, las bestias feroces, las aves, los peces, las islas nacidas en los mares, las piedras preciosas, las perlas y otros objetos hallados en el fondo y en las orillas del mar, los enemigos y las cosas que se les arrebatan, y los objetos abandonados voluntariamente por su propietario.

2º Que haya mediado toma de posesion. La posesion debe comprender dos elementos: uno material (*corpore*), otro espiritual (*animo*). No basta que el ocupante detente materialmente la cosa, si no tiene la intencion de hacerla suya, de adquirir sobre ella la propiedad, porque faltando este último elemento la ocupacion no le hará propietario. Así, pues, los locos, los *infantes*, en una palabra, las personas incapaces no pueden tener de un modo cabal y entero el *animus*, la voluntad de poseer, y por consiguiente, no es posible que adquieran la posesion de la cosa que detentan; si se apoderan de una *res nullius*, no llegan á ser sus propietarios.

II. *De la accesion.*

Definicion.—Los modernos comentaristas llaman *accesion* ó *derecho de accesion* (*accesio*, *jus accesionis*), el principio en virtud del cual el propietario de una cosa principal adquiere naturalmente, por la fuerza misma del hecho, todo lo que proviene de la cosa ó todo lo que se le une ó incorpora de manera que pase á formar con ella un sólo y único todo (*accesio cedit principali.*)

Carácter de este derecho.—Háse preguntado si la accesion es jurídica y propiamente hablando, un modo particular de adquisicion, ó si no es más, en realidad, que un efecto, una extension del derecho de propiedad (1). Esta controversia carece hoy de todo interés práctico.

(1) Los antiguos intérpretes, principalmente Heineccio (*Elem. jur.* 562) y Pothier consideraban la accesion como un modo distinto de adquirir. Esta opinion ha prevalecido en el Código civil francés (art. 546 y sig.) y se admite hoy todavia por reputados jurisconsultos belgas y alemanes (Véase sobre todo Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, §§ 186 y sig.), y en la facultad de París por Ortolan, t. II, núm. 361 y siguientes. Sin embargo, tiende á prevalecer en Francia y en la enseñanza de sus Fa-

Diversas especies de accesion.—El derecho de accesion puede ser estudiado bajo tres puntos de vista: 1° relativamente al accesorio producido por la cosa; 2° relativamente á las cosas inmuebles; 3° relativamente á las cosas muebles.

1° Derecho de accesion sobre los productos de la cosa.—La propiedad de un objeto cualquiera entraña la de todos sus productos; de suerte que los frutos de la tierra, las crias de los animales, los hijos nacidos de una esclava, pertenecen de pleno derecho al propietario de la cosa que los ha producido. (Instit., §§ 19, 35-38, lib. II, tít. I.) Pero entiéndase que estos frutos no son objeto de una propiedad distinta ni dan lugar al modo de adquisicion de que tratamos, hasta el momento en que son separados del objeto que los produce.

Por excepcion, sin embargo, los frutos producidos pueden pertenecer á otra persona que no sea el propietario de la cosa productiva. Tal sucede en los casos en que la cosa está poseida por un tercero que con buena fé cree ser su propietario (Instit., § 35, eod); ó está sujeta á un derecho de usufructo ó dada en arrendamiento. Sin embargo, los hijos nacidos de una esclava pertenecerán siempre al dueño de la madre (*domino matris*), aunque otra persona tenga la posesion de buena fé ó el usufructo de la misma, porque en realidad el hijo de una esclava no es un fruto propiamente dicho, ya que no se la compra con el objeto especial de que produzca, como sucede con un rebaño. (L. 27, D., *De heredit. petit.*, lib. V, tít. III; Instit., § 37, lib. II, tít. I.)

2° Derecho de accesion relativamente á las cosas inmuebles.—Esta accesion tiene lugar por el hecho ó sin el hecho del hombre. La primera es relativa á las *construcciones*, *plantaciones*, etc. La segunda se refiere á los acrecentamientos resultantes de la proximidad á un rio ó á una corriente.

a. Accesion relativa á las construcciones, plantaciones, etc.

Construcciones.—Cuando uno edifica en terreno propio con

---

cultades la doctrina de que la accesion no constituye un modo legal de adquirir, sino que es el ejercicio ó la extension del derecho de propiedad. Sic. Ducaurroy, t. I. núm. 353 y sig.; de Fresquet, *Tr. elem. de dr. rom.*, t. I, p. 266 y sig.; Thézard, *Repeti. ècr. sur le dr. rom.*; p. 82; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.) t. I, núm. 251, página 566; Namur, *Cours d'Instit.* (2ª edic.), t. I, § 136, p. 185: Labbè y Machelard en sus obras.

materiales ajenos se hace propietario del edificio porque no puede haber construccion independientemente del suelo en que se levanta (*quia omne quod inædificatur solo cedit*). Sin embargo, aquél á quien pertenecían los materiales no deja por esto de ser su propietario; pero áun con serlo, no tiene más que un derecho negativo toda vez que mientras el edificio subsista no puede reinvindicar los materiales, ni tampoco intentar á este propósito la accion *ad exhibendum*; no tiene más que una accion personal, la *de tigno juncto*, por la que conseguirá el duplo de lo que valen sus materiales sin consideracion á la buena ó mala fé del constructor (1). Estas reglas fueron consignadas en la ley de las Doce Tablas con el intento de favorecer el desarrollo y embellecimiento de las poblaciones (*ne urbs ruinis deformetur*). Sin embargo, cuando por un motivo cualquiera se derribara ó destruyera el edificio ántes que el dueño de los materiales hubiese percibido el duplo de su valor por la accion de *tigno juncto*, podia intentar la accion reinvindicativa ó la accion *ad exhibendum*. De esta suerte quedaban armonizados en un justo medio el interés individual con los intereses generales. (Instit., § 29, eod.)

Cuando uno edifica con materiales propios en suelo ajeno, lo edificado pertenecerá al propietario de este último (*illius fit domus cujus et solum est.*)

¿Tendrá derecho el constructor á indemnizacion?— La Instituta lo resuelve por medio de una distincion.—¿El constructor ha tenido buena ó mala fé? Si ha procedido con mala fé no tendrá ningun derecho á ser indemnizado porque se juzga que por su voluntad enajenó en favor del propietario del terreno los materiales empleados en la construccion (*quia magis donasse videtur*); de modo que áun despues de la demolicion del edificio estále prohibido reivindicar los materiales. (Instituta, § 30, eod. Tal era, por lo ménos, el derecho rigoroso, pues vemos en el Digesto (L. 37, *De rei vindic.*, lib. VI, tít. I; L. 38, *De hered. pet.*, lib. V, tít. III) y en el Código (LL. 2 y 5,

(1) Este punto, sin embargo, se ha discutido. Algunos autores suponen que la pena del duplo no se imponia más que á los constructores de mala fé. Véase Vangerow, Lehrb., t. I, § 300; Namur, t. I, § 138, p. 189, texto y nota 5; Van Wetter, t. I, § 117, p. 115, texto y nota 12.

De rei vindic., libro III, tit. XXXII), soluciones que modifican notablemente los principios consignados en las Instituciones. Cuando el constructor procede con buena fé puede reclamar indemnizacion de los gastos que hubiese debido hacer. Para utilizar este derecho no tiene otro medio que el *jus retentionis* que opondrá bajo la forma de una *esceptio doli mali* á la reivindicacion intentada por el propietario del fundo, porque hay, en realidad, mala fé por parte del propietario que se resiste á reintegrar al constructor los gastos que hubiese hecho. Pero esta excepcion *dolimali* no le sirve al constructor más que para repeler la reivindicacion del propietario; supone necesariamente que el constructor se halla todavía en posesion del fundo. Si, pues, se ha desprendido de la cosa sin tener la precaucion de hacerse indemnizar, no le queda medio para conseguirlo; sólo conserva el recurso poco ménos que ilusorio de aguardar la demolicion del edificio que le permitirá reivindicar sus materiales. (Instit., § 30, eod.)

Plantaciones.—Las reglas que acabamos de exponer relativamente á las construcciones se aplican tambien á las plantaciones, salvo las diferencias que siguen: las plantas continúan siendo propiedad de su primitivo dueño hasta que arraigan en el suelo á que han sido trasportadas; lo mismo sucede con los granos miéntras no han germinado. (Instit., §§ 31 y 32.) Por consiguiente, hasta entónces el primitivo dueño tiene derecho á la reivindicacion.

Pero desde aquel momento mismo en que las plantas han echado raices en el nuevo suelo y que las semillas han comenzado á germinar, pasan á ser accesorios del fundo y pertenecen al mismo propietario *(plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt)*. El primitivo dueño pierde la propiedad tan irrevocablemente que ni áun la recobraria en el caso de ser arrancada la planta. No puede invocar el dueño de la planta ó de las semillas la accion *de tigno juncto*, sino que para obtener indemnizacion utilizará la *in factum*.

b. Accesion resultante de la proximidad á un rio ó corriente.

Aluvion.—Es un acrecentamiento insensible que se va formando en las orillas sin que se advierta la cantidad que se añade á cada instante. (Instit., § 20, eod.) El aluvion aprove-

cha de pleno derecho al propietario ribereño cuando se trata de un *ager non limitatus*. El *ager non limitatus* es un campo que no está ceñido más que por los límites naturales más ó ménos variables, como es el cauce de un rio. El *ager limitatus*, por el contrario, es una extension geométrica de terreno circunscrita por límites fijos é invariables. Todas las tierras que se forman por aluvion fuera de estos límites son *re nullius*, que adquirirá el primer ocupante; pero en la realidad de los hechos, el propietario de un *ager limitatus* siempre suele adquirir el aluvion, porque su proximidad le hace más fácil cualquier acto de ocupacion (1). (L. 16, D., *De adquir. rer. dom.*, lib. XLI, tít. I; L. 1, §§ 6 y 7 D., *De flumin.*, lib. XLIII, título XII.)

El hecho de haber sido arrancada por la corriente una porcion de tierra de un prédio y llevada hácia otro prédio inferior ó hácia la orilla opuesta (Instit., § 2, eod.), no altera la índole de la propiedad; pero si los árboles que llevó consigo aquella porcion de tierra comienzan á echar raices en el prédio inferior ó vecino, el terreno arrancado por el rio será adquirido por el dueño de la heredad á que se ha incorporado (*videtur acquisita*). Tal es por lo ménos la doctrina expuesta en el Digesto (L. 7, § 2, *De adq. rer. dom.*, lib. XLI, tít. I), y la que tenemos por más razonable (2). Sin embargo, parece como si las Instituciones admitiesen una solucion distinta, segun la cual la parte de tierra que arrastra el rio queda siempre propia de su primitivo dueño, y únicamente los árboles que han echado raices siguen la suerte del prédio á que se han unido (*videtur adquisitæ*, Instit., § 21) (3).

Las *islas* ó *islotes* que se forman en el lecho de los rios se consideran como accesiones de los prédios ribereños *non limitati*, y por lo mismo pertenecen á sus respectivos dueños. Pero

(1) Véase acerca de la distincion entre los *agri limitati* y los *agri non limitati*, Accarias, *Pr. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 203 y sig.

(2) Véase en este sentido Ortolan, t. II, nº 380, texto y nota 1; Thézard, *Rep. écr. sur le dr. rom.*, p. 94; Namur, *Cours d'Instit* (2ª edic.), t. I, § 137, p. 187.

(3) Labbé, en su obra, dice que debe atenderse al texto de la Instituta cuando el Digesto no sea terminante. Véase tambien á este objeto Ducaurroy, t. I, nº 382; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 271; Maynz, t. I, § 187, p. 559 (3ª edic.); Demangeat, t. I, p. 441 y 442; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 253, p. 569, nota 1; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I. § 115, p. 407.

¿en qué proporcion? Si ha nacido la isla á uno de los lados, esto es, evidentemente más hácia acá de la línea imaginaria trazada por mitad del rio, dicha isla se hará exclusivamente propia de los ribereños de aquel lado en que ha nacido. En otro caso, pertenecerá á los ribereños de ambos lados, á partir de la línea trazada por mitad del rio y en proporcion á la longitud de cada heredad en su orilla. (Instit., § 22, eod.) Pero entiéndase que sólo se aplican estas reglas á las islas formadas por desecacion del rio ó por aglomeracion de sus arenas, porque si el rio, bifurcando su corriente en un punto determinado y tomando más abajo su primitivo cauce, forma una isla con una parte del campo de un particular, este campo no deja de pertenecer á su antiguo dueño. (§ 22, *in fine.*)

Caso en que abandona el rio su cauce para tomar otro.—Si un rio abandona completamente su cauce ordinarió, éste, al quedar en seco, pertenece á los propietarios ribereños siguiendo las mismas reglas que se han explicado para la isla formada por desecacion ó aglomeracion de tierra, y por otro lado el lecho que de nuevo forma el rio, tomará la condicion del rio mismo, esto es, se convertirá en *res publica.* Y si despues de algun tiempo torna el rio á su primitivo cauce, el segundo á su vez se hará propio de los que tienen heredades á lo largo de sus orillas. (Instit., § 23, *eod.*) Hé aquí la consecuencia lógica de los principios, por más que sea muy rigurosa; pues hubiera parecido más equitativo adoptar la opinion de Pomponio (L. 30, § 3, D., *De adq. rer. dom.*, lib. XLI, tít. I), y atribuir la propiedad del cauce abandonado al dueño *cujus antea fuit* (1).

Inundacion.—Este acontecimiento no altera en modo alguno la naturaleza del predio, de suerte que, cuando las aguas se retiran, la heredad inundada continúa siempre perteneciendo al mismo propietario. (Instit., § 24, eod.)

3° Derecho de accesion relativamente á las cosas muebles.—En punto á los objetos muebles, la accion recibe nombres distintos segun la naturaleza del vínculo con que se reunen las dos cosas en un solo todo. Los comentaristas la lla-

(1) Véase acerca de este punto Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 187, p. 598, nota 6 (3ª edic.).

man, segun los casos, *especificacion*, *adjuncion*, *confusion* y *mezcla*.

Especificacion.—Especificacion es una palabra moderna con que se indica el hecho de trasformar en un objeto nuevo, con la intencion de apropiárselo, una cosa perteneciente á otro (*ex aliena materia especiem aliquam facere*. L. 7, § 9, D., *De adq. rer. dom.*, lib. XLI, tít. I). Así, p. ej. hay especificacion cuando se ha hecho vino, aceite ó trigo con uvas, aceitunas ó espigas de otro; ó un vaso con oro, plata ó bronce ajenos, etc. (Instit., § 25, eod.).—¿A quién perteneceria la *nova species*? ¿Perteneceria al dueño de la materia ó al especificador? Los sabinianos atribuian la *nova species* al dueño de la materia, porque, segun su opinion, la materia conservaba siempre su naturaleza propia, y subsistia á pesar del cambio de forma (*materia dat esse rei*). Los proculeyanos, por el contrario, atribuian el objeto elaborado al especificador, porque, segun ellos, la forma es lo que á las cosas dá su utilidad práctica. Sin la forma nada seria la materia: *forma dat esse rei*. La forma de las cosas es, pues, lo que constituye su esencia; la materia de que se compone no es más que un accesorio. Justiniano adoptó una solucion intermedia que puso fin á la controversia (*placuit media sententia*). Si el objeto nuevo puede ser restituido á su primitivo estado, á su forma primera, como por ejemplo: si se ha construido un vaso con un lingote de oro ó de bronce, la materia es siempre lo que domina, y por consiguiente, la cosa nuevamente formada debe, segun la opinion de los sabinianos, atribuirse al dueño de la materia. Mas si, por el contrario, es imposible restituir la materia á su primer estado, como sucede, por ejemplo, cuando se ha hecho vino con uvas ajenas, la materia primitiva se ha destruido, y por tanto, hay una creacion nueva que, segun los proculeyanos, debe corresponder al especificador. (Instit., § 24, eod.) (1) Pero siendo un principio de derecho que nadie puede enriquecerse perjudicando á otro, se deberá una indemnizacion,

(1) Estos principios se aplican de igual manera, no sólo al caso en que el especificador ha trabajado con la materia de otro, sino tambien cuando ha puesto una parte de materia propia. La nueva cosa pertenece al especificador si es imposible volverla á su primitivo estado. En caso contrario, se hace comun y cada uno conserva la propiedad de su materia.—Sic., Fresquet, *Tr. élém de dr. rom.*, t. I,

ora al especificador por su industria, ora al dueño de la materia por esta misma. Los medios legales para obtener esta indemnizacion serán, segun los casos, la excepcion *doli mali*, ó una *actio in factum*, ó la accion *ad exhibendum* y áun en caso de robo, la accion *furti*. (Instit., § 26 *eod.*) (1)

Adjuncion.—Los comentaristas comprenden bajo esta palabra ciertos casos de accesion, de los cuales tratan las Instituciones en los párrafos 26, 33 y 34. Así, por ejemplo: cuando se ha bordado un vestido con púrpura ajena, ó escrito en una hoja de papel ó de pergamino ó pintado sobre una tela de otros, ¿á quién corresponde la propiedad del vestido, del manuscrito del cuadro? Al propietario de la cosa *principal*. Para determinar cuál sea la cosa principal, no se puede fijar un principio único; á veces se consideran las cosas bajo el punto de vista de su utilidad, otros se aprecian por su valor y aun algunas veces por su volúmen.

Confusion.—Propiamente hablando quiérese indicar con esta palabra moderna, la union de cosas líquidas. Hay confusion, cuando se han confundido dos cantidades de vino, dos lingotes de oro ó de plata pertenecientes á dos personas distintas, de modo que resulte una sola cantidad de vino ó una sola barra de metal.

¿A quien pertenecerá el resultado de la confusion? —Conviene distinguir tres casos: si la confusion ha tenido lugar por voluntad de los dos propietarios, el resultado les será comun. Si la confusion se ha verificado por azar (*fortuito, non voluntate dominorum*) pero es posible la separacion de los dos elementos que componen la cosa, cada uno de los propietarios puede reivindicar la que le pertenece despues de haber pedido la separacion. Si esta es imposible, el resultado de la

p. 283, Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 460; Accarias, *Préc. de dr. rom.* 2ª edic.), t. I, p. 588, nota 2; Vangerow, Lehrb., t. I, § 310, nº 1; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 99, p. 368 y sig. —*Contra*, Mühlenbruch, *Lehrb.*, t. II, § 248, nota 3; de Keller, Pand., § 142, 2º; Maynz, *Cours de dr. rom.* (3ª edic.), t. I, § 185.

(1) Han pretendido algunos autores que el especificador no adquiere nunca la nueva especie si no ha obrado con buena fé. Véase Arudts, *Lehrb.*, § 155, nota 3; Vindscheid, *Lehrb.*, t. I, § 187, nota 3.—Esta opinion, sin embargo, es generalmente rechazada por los modernos romanistas. Véase Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 99, p. 369, nota 8.

confusion es comun á los dos propietarios. (Instit., § 27, eod.) Si la confusion ha tenido lugar por la voluntad de uno de los propietarios sin concurrir la del otro, tambien será comun el resultado de la confusion, á ménos que la cosa producida sea una nueva especie (*nova species*); entonces corresponde aplicar las reglas de la especificacion, y atribuir la cosa al especificador, salva la indemnizacion debida al propietario por la materia. (L. 5, § 1, D., *De rei vindic.*, lib. VI, tít. I.)

Mezcla (*conmixtio*).—Úsase hoy esta palabra para designar, propiamente hablando, la reunion de objetos no líquidos, cuyas partículas siguen conservando una individualidad distinta. Tal sucede cuando se ha mezclado, por ejemplo, el trigo propio con el ajeno. Los mismos principios que acabamos de consignar relativamente á la confusion, se aplican á la mezcla, salvo ciertas diferencias poco importantes. (Instit., § 28, *eod.*)

III. *De la tradicion.*

Definicion.—La tradicion es la entrega de la posesion de una cosa.

Condiciones necesarias para que la tradicion produzca la propiedad; *Respecto al que enajena:* 1° la condicion de propietario; 2° la voluntad de enajenar; 3° la capacidad; *Respecto al que adquiere:* 1° la voluntad de adquirir; 2° la capacidad. Es preciso, además, que de un modo cualquiera se haya puesto la cosa por aquel que la enajena á disposicion del adquisidor. (Instit., §§ 40-47.)

No siendo susceptibles las cosas incorporales de posesion propiamente dicha, no se pueden adquirir por tradicion. Sin embargo, háse venido á reconocer para las cosas incorporales una *quasi*-posesion, y desde aquel momento se ha podido adquirirlas por una *quasi*-tradicion (*usus unius et patientia alterius*).

B. MODOS DE ADQUIRIR POR DERECHO CIVIL.

Estos modos son seis: la mancipacion, la cesion en derecho, la tradicion, la usucapion, la adjudicacion y la ley. (Ulpiano, Regl., tít. XIX, § 2.)

I. *De la mancipacion.*

La mancipacion es una venta ficticia (*imaginaria venditio*), acompañada de gestos y palabras sacramentales; exige la presencia del vendedor (*mancipans*), del adquisidor (*accipiens*) de un porta-balanza (*libripens*) y de cinco testigos todos ciudadanos romanos púberes. Este modo sólo se aplica á las cosas *mancipi* (1). (Ulp. Reg., tít. XIX, §. 7.)

II. *De la cesion «in jure.»*

La cesion *in jure* es un proceso ficticio. El adquisidor reivindica como suyas las cosas que pretende adquirir; el vendedor guarda silencio y no contradice la pretension del demandante; el magistrado hace constar este acuerdo adjudicando el objeto del litigio al que lo ha reclamado. *Cedere in jure* significa, pues, renunciar en presencia del magistrado. Este modo de adquirir la propiedad es comun á las cosas *mancipi* y á las *nec mancipi*. (Gayo. C. II, §§ 24 y 25; Ulpiano, tít. XIX, §§ 9 y 10.)

III. *De la tradicion.*

La tradicion, modo de transmitir la propiedad segun el derecho de gentes, fué aplicada á la transmision de la propiedad quiritaria de las cosas *nec mancipi*. (Ulpiano, Regl., título XIX, § 7.)

IV. *De la usucapion.*

La usucapion es la adquisicion de la propiedad por la posesion prolongada durante cierto tiempo. Este modo de transmision se aplica lo mismo á las cosas *mancipi* que á las *nec mancipi*. Las Instituciones tratan esta materia muy extensamente en un título especial. (V. más adelante, tít. VI, p. 173 y sig.)

---

(1) Consultese para más detalles Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 13 y sig.

V. *De la adjudicacion.*

La adjudicacion es la atribucion de la propiedad hecha por el juez *(judex)* en un litigio sobre particion de una herencia *(familiæ erciscundæ)*, ó division de la cosa comun (*communi dividundo*), ó en un proceso que tenga por objeto la fijacion de límites entre propiedades contiguas (*finium regundorum*) (1). Este modo trasfiere indistintamente la propiedad de las *cosas mancipi* y de las *nec mancipi*. (Ulpiano, tít. XIX, § 16.)

VI. *De la ley.*

La ley se considera muchas veces como una causa de adquisicion de la propiedad, como en el caso de un legado *per vindicationem* y en virtud de las leyes Julia y Papia Poppæa respecto de las partes caducas. (Ulpiano, *Regl.*, tít. XIX, § 17.)

TITULO II.

De las cosas corporales é incorporales.

Las cosas que componen el patrimonio de los particulares se dividen en cosas corporales é incorporales. (Instit., pr., lib.II, tít. 11.)

Definicion.—Las cosas *corporales* son aquellas que caen bajo el dominio de los sentidos, que se perciben por medio del tacto (*quæ tangi possunt*), como un caballo, una casa, etc.

Las cosas *incorporales*, que no afectan á los sentidos, que no tienen una entidad física *(quæ tangi non possunt)*, son concepciones jurídicas que no tienen más que una existencia abstracta, como por ejemplo: el derecho de sucesion, el de usufructo,

---

(1) Véase acerca de estas tres acciones *infra*, lib. IV, tít. VI.

el de uso, etc. (Gayo, C. II, §§ 12 y 13; Instit., § 1, *eod.*) Poco importa que la obligacion tenga por objeto una cosa corporal; el derecho que de la misma cosa nos proviene no deja de ser una cosa incorpórea. Ejemplo: la herencia comprende cosas corporales; los frutos que percibe el usufructuario de un predio son tambien cosas corporales; pero el derecho de herencia y el derecho de usufructo son cosas incorpóreas. Entre las cosas de esta especie que tenemos en nuestro patrimonio se comprenden todos los derechos *reales* (á excepcion del derecho de propiedad) y los derechos *personales*.

Derechos reales y derechos personales.—El orígen de los derechos *reales* se halla en la lucha del hombre contra la naturaleza; los dereches *personales* han sido creados por las relaciones de los hombres entre sí. Entre los derechos reales compréndense los de propiedad, de servidumbre, de enfiteusis, de superficie, de prenda y de hipoteca (1). Entre los derechos personales se colocan todos los que dicen relacion al estado del hombre, los que modifican su capacidad de obrar, la de adquirir bienes y la de disponer de los mismos.

Analogía entre el derecho real y el personal.—El derecho real y el derecho personal constituyen el patrimonio y ofrecen un carácter esencialmente pecuniario. Yo puedo vender un campo de mi propiedad y obtengo en cambio una cantidad de dinero. Por otro lado, la persona que ha contraido en mi favor la obligacion de hacer una cosa cualquiera, podrá ser condenada, si no cumple la obligacion, á pagar los daños y perjuicios que me haya ocasionado.

Diferencia entre los derechos reales y los personales.—Estas diferencias son numerosas:

1º *Bajo el doble punto de vista de la adquisicion y de la transmision.*—El derecho real, por su orígen mismo, se adquiere mediante la toma de posesion. Este acto puede ser solemne ó ficticio. Poco importa que para obtener mayor simplicidad y rapidez se haya modificado la forma; no por esto deja de ser precisa la toma de posesion. El derecho personal, por el contra-

(1) Véase sobre esta importante materia Pellat, *Exposé des principes génér. du dr. rom. sur la propiété et ses principaux démenbrements, suivi d'une traduction et d'un comment. du liv. VI des Pand.* (2ª edic.).

rio, no requiere más que un cambio de palabras, un apreton de manos, etc.

2º *Bajo el punto de vista del modo como se ejercitan.*—El derecho real se manifiesta por actos de posesion. Por el contrario, cuando uno se obliga como deudor nuestro, la relacion creada entre ambos no se revela por ningun signo exterior. No hay nada visible, no puede haber posesion.

3º *Bajo el punto de vista de las acciones que sirven para proteger el derecho.*—El derecho real está garantido por una accion *in rem* que se dirige inmediatamente á la cosa objeto de mi propiedad, y mediatamente contra la persona que se ha interpuesto entre la cosa y yo. El derecho personal está garantido por una accion *in personam*, que tiene por objeto una prestacion que no puede concebirse independientemente de la persona del deudor.

4º *Bajo el punto de vista del carácter mismo del derecho.*—El derecho real tiene un carácter exclusivo; por el solo hecho de hallarse una cosa en mi patrimonio, todos los demás hombres quedan excluidos de la propiedad de la cosa. Por el contrario, puede suceder muy bien que yo tenga un crédito contra una persona y todos los demás no tengan ninguno contra la misma persona (1).

TITULO III

De las servidumbres.

Division.—Las servidumbres son de dos clases: servidumbres reales ó prediales (*prædiorum jura*), y servidumbres personales (*personarum servitutes*).

---

(1) Accarias (2ª edic.), t. 1, nº 189, p. 416, nota 4, hace notar, con razon, que las ventajas que proporcionan los derechos personales no se conciben fuera del estado de sociedad, al paso que las del derecho de propiedad se conciben tambien en provecho de un hombre que viviese absolutamente aislado. Pero en este caso no constituirian un derecho propiamente dicho, porque todo derecho supone un objeto pasivo.

I. *De las servidumbres reales ó prediales.*

Definicion.—Es real ó predial la servidumbre cuando recae sobre un inmueble en provecho de otro inmueble. Establece una relacion de derecho entre dos heredades. La heredad que presta la servidumbre se llama *predio sirviente*; la que se aprovecha de la servidumbre se llama *predio dominante*.

Division de las servidumbres prediales.—Las servidumbres prediales se clasifican en *rústicas* y *urbanas*.

Definicion de las servidumbres prediales rústicas.—Son estas servidumbres (*jura praediorum rusticorum*) las que existen y se conciben independientemente de toda idea de construccion ó edificacion (*quae in solo consistunt*). Estas servidumbres afectan al suelo; no tienen más objeto que favorecer el interés de la agricultura y hacer más productivos los prédios rústicos (1). Tales son, por ejemplo, las servidumbres de paso, de acueducto, de pastos, etc. (Instit., § 1, lib. II, tít. III.)

Definicion de las servidumbres prediales urbanas.—Entiéndese por servidumbres prediales *urbanas* (*jura praediorum urbanorum*) las que llevan necesariamente al ánimo la idea de un edificio, de una construccion (*quae in superficie consistunt*). Estas servidumbres afectan á la superficie; no tienen más objeto que proporcionar más comodidad á las habitaciones (2). Tales son, por ejemplo, las servidumbres de luz, de vista, etc. (L. 1, *pr.*, D., *Comm.*, *praed.*, lib. VIII, tít. IV; Instit., § 1, *eod.*)

Importancia de esta distincion.—Tiene importancia bajo tres distintos conceptos: 1° Las servidumbres prediales rústicas eran *res mancipi* (Gayo, C. II, § 19), al paso que las prediales urbanas se clasificaban entre las *res nec mancipi*.—2° Era preciso averiguar á qué clase pertenecia una servidumbre para resolver, ya de qué manera podia constituirse, ya se-

(1) Véase Machelard, *Rev. crit. de legislat.*, t. XXIX, p. 251 y sig.; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 484; Maynz *Cours de dr. rom.*, t. I, § 218, p. 701 y sig. (3ª edic.).—Véase, sin embargo, Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 269, p. 609, nota 2.

(2) Id., id.

gun qué reglas podian extinguirse.—3° La imposibilidad de que una servidumbre sea objeto de un *pignus* ó de una *hypotheca* se ha establecido positivamente con referencia á las servidumbres urbanas. (L. 11, § 3, D., *De pignor. et hypoth.*, libro XX, tít. I). Por el contrario, la hipoteca se consideraba lícita cuando recaia sobre una servidumbre rústica, principalmente sobre los derechos de paso y de acueducto. (L. 12, D., *eod.*) (1)

¿Cuáles son las principales servidumbres rústicas?—Cuatro son las más importantes y antiguas: 1° La de *iter*, esto es, el derecho de tránsito (*eundi gratia*) á pié, á caballo ó en litera, que no comprende el derecho de conducir ganados ni carruajes (*non etiam jumentum agendi vel vehiculum*).—2° La de *actus*, ó sea el derecho de conducir rebaños, hacer pasar un carruaje ó una carreta. Esta servidumbre comprende generalmente la de *iter* (*qui actum habet et iter habet eoque uti potest etiam sine jumento*). El *actus* existe alguna vez *sine itinere*.—3° La de *vía*, esto es, el derecho de pasar y de servirse de un camino para toda especie de usos. La *vía* debe tener una anchura determinada de ocho piés *in porrectum* y de diez y seis piés en las revueltas (*in unfractum*) M. Demangeat (*Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 490), ha determinado con toda precision el carácter distintivo de la *vía*, diciendo «que la *vía* implica en el fundo sirviente un camino por donde la servidumbre se ejerza, miéntras que cuando uno tiene solamente la de *iter* ó la de *actus*, pasa como puede á través del prédio sirviente, poniendo contínuo cuidado en no perjudicar las cosechas.» —4° La de *aquæductus*, ó sea el derecho de hacer pasar el agua por la heredad de otro.

Las Instituciones añaden á esta enumeracion otra série de servidumbres que muy probablemente no se pusieron en práctica hasta época muy reciente, asimilándose á las antiguas (2). Tales son: 1° La de *aquae haustus*, ó sea el derecho de sacar agua.—2° La de *pecoris ad aquam adpulsus*, ó sea el de abrevar ganados.—3° La de *jus pascendi*, ó sea el derecho de aprovechar los pastos.—4° El *jus calcis coquendae*, ó sea el derecho

(1) Véase sobre la crítica de este derecho de hipoteca Machelard, loc. cit., p. 520 y sig.—Véase, sin embargo, M. Demangeat, op. cit., p. 488.

(2) Sic., Machelard, loc. cit., p. 526.

de cocer cal.—5º El *jus arenae fodiendae*, ó sea el derecho de extraer arena. (Instit., § 2, *eod.*)

¿Cuáles son las principales servidumbres urbanas?— La Instituta cita como ejemplos: 1º La servidumbre *oneris ferendi*, ó sea el derecho de apoyar una obra sobre el edificio vecino.—Esta servidumbre ofrece una particularidad notable. Sabido es que las servidumbres tienen como carácter general el de obligar al propietario del prédio sirviente á dejar hacer, á no ejecutar ciertos actos, pero no compelerle á hacer alguna cosa, á obrar, á prestar un servicio. Sin embargo, y por excepcion, la servidumbre *oneris ferendi* envuelve para el propietario de la cosa sirviente la obligacion de mantenerla en buen estado, de reparar las construcciones cuando se deterioran, lo cual constituye una obligacion de hacer. (L. 6, §§ 2 y 5; L. 8, pr., y § 2, D., *Si servit. vind.*, lib. VIII, tít. V.) De todas suertes, el propietario del fundo sujeto á servidumbre puede librarse de la obligacion abandonando la propiedad. (L. 6, D., *eod.*)—2º La servidumbre *tigni inmitendi*, ó sea el derecho de apoyar vigas ú otros materiales de construccion en la pared del vecino.—3º La servidumbre *stillicidii vel fluminis recipiendi ó avertendi*, ó sea el derecho de dejar correr ó de dirigir á la propiedad vecina las aguas del tejado, ya gota á gota, ya reuniéndolas en una canal.—4º La servidumbre *stillicidii vel fluminis* NON *recipiendi*, derecho de no recibir las aguas ni la cloaca del vecino. ¿Cómo explicar la contradiccion que resulta de que dos facultades opuestas, cual lo son *stillicidii vel fluminis recipiendi vel* NON *recipiendi* constituyan ambas una servidumbre, cuando en realidad lo contrario de la servidumbre debe ser el derecho comun? Acerca de este punto se ha suscitado gran controversia y se han propuesto distintas soluciones. Segun Pothier (Pand. Justinian., Tit. *De servit. præd. urb.*, núm. 11), existia servidumbre *stillicidii* NON *recipiendi* allí donde imponiendo las ordenanzas locales, como derecho comun, la obligacion de recibir las aguas de las casas inmediatas, se adquiria del vecino el derecho de no recibir las aguas pluviales (1). Segun otros intérpretes, la expresada servidum-

---

(1) Véase en este sentido Ducaurroy, *Instit. de Just.* (5ª edic.), t. I, nº 421; Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, nº 455 (7ª edic.); de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*,

bre nacia cuando por estar gravado un prédio con la de *stillicidii vel fluminis recipiendi*, el propietario redimia la carga impuesta sobre su heredad, adquiriendo del propietario dominante la servidumbre contraria *stillicidii vel fluminis* NON *recipiendi* (1).—5º La servidumbre *altius vel* NON *altius tollendi*, ó sea el derecho de levantar ó no levantar una edificacion hasta una determinada altura. Este caso está sujeto á las mismas interpretaciones que el precedente.

MODOS DE CONSTITUIRSE LAS SERVIDUMBRES.

Modo especial de las servidumbres prediales rústicas.

La mancipacion. (Gayo, C. II, § 29). Con todo, M. Machelard pretende (*Rev. crit. de legisl.*, t. XXX, p. 267), que no podian ser adquiridos por mancipacion los derechos de paso y de acueducto, constituidos con el propósito de mejorar las condiciones de un *prædium urbanum*. Conviene recordar que la mancipacion, como modo de adquirir, habia desaparecido ya en la época clásica del derecho romano junto con la distincion de *res mancipi* y *nec mancipi*.

Modos comunes á las servidumbres rústicas y urbanas.

Derecho civil antiguo.—1º La *cessio in jure* fué el modo más frecuentemente usado en los actos entre vivos. (Gayo, C. II, § 29). 2º La *adjudicatio* creaba tambien servidumbres en los juicios divisorios, ya se tratase de una cosa indivisa, ya de una sucesion. Pero es preciso advertir que en este caso no podia existir la servidumbre si no se habia constituido en virtud de un juicio legítimo, regido por el derecho civil. (L. 18, D.,

---

t. I, p. 292 y sig.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 219, p. 706, texto y nota 8 (3ª edicion); Schilling, *Bemerkungen uber Romische Rechtsgeschichte*, p. 147, y Lehrbuch, §§ 149 y 190.

(1) Sic., Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 493 y sig.; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 268, p. 606 y 607, texto y nota 1; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 338; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 139, p. 485. Tal es tambien la explicacion dada por M. Labbé en su obra.

Comm. divid., lib. X, tít. III; L. 16, §§ 1, 2, D., *Famil. ercis-cund.*, lib. X, tít. II). 3° Por el *testamento*, que si bien más generalmente utilizado para crear servidumbres personales, solia emplearse tambien para la constitucion de servidumbres prediales. Así un testador puede legarme el derecho de apoyar una viga en la pared de su finca; y puede tambien legarme la propiedad de un fundo gravándole con una servidumbre á favor de otro fundo que haya dejado á sus herederos. En el primer supuesto habrá *translatio* de la servidumbre, y en el segundo *deductio*. (L. 19, pr. D., *De usufr.*, lib. VII, tít. I.)

La *usucapion*, que supone la posesion, no puede aplicarse á las servidumbres que por su naturaleza no son susceptibles de ser poseidas. Así lo establecia la ley *Scribonia*, de cuya fecha no tenemos noticia. (L. 4, § 29, D., *De usurp.*, lib. XLI, título III.)

Derecho pretoriano.— Conforme á él establecíanse las servidumbres: 1° Por cuasi-tradicion (L. 4, pr., D., *De servit.*, lib. VIII, tít. I); 2° por una retencion ó reserva en la tradicion de la propiedad (L. 6, pr., D., *Comm. præd.*, lib. VII, tít. IV); 3° Por *cuasi-possessio longi temporis* sujeta, en cuanto á su duracion, á las reglas del derecho comun (1); 4° Por adjudicacion del juez en los juicios no legítimos, pero regidos por el derecho pretoriano. (L. 44, § 1, D., *Famil. ærcisc.*, lib. X, tít. II). Adviértase que no podia establecerse ninguna suerte de servidumbre sobre los fundos provinciales por no ser susceptibles de propiedad *juris civilis;* pero, sin embargo, á merced de *pactos* y *estipulaciones* podian los particulares crear entre sí rela-

---

(1) En la segunda edicion de su *Prècis de dr. rom.*, n° 271, p. 615, consigna M. Accarias una opinion contraria. Segun este sabio romanista, era el Juez quien, á tenor de los principios del derecho pretoriano, resolvia segun su arbitrio si el tiempo durante el cual se habia ejercido la servidumbre habia sido suficiente para que se considerase adquirida por la *longa possessio*; no era, pues, en todo caso necesario el trascurso de diez ó veinte años. El argumento en que apoya Accarias su doctrina es sólo de palabras: hace notar que los textos, en vez de usar la frase *quasi longi temporis possessio* emplean principalmente las expresiones *quasi-possessio, longa consuetudo, longi temporis consuetudo, longum tempus*. No podemos admitir que se dejase al Juez esta facultad de apreciacion y por lo ménos quisiéramos argumentos más convincentes que los propuestos por Accarias. Esta es tambien la opinion de M. Lyon-Caen, respecto á Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 394 y 395.

ciones análogas á las servidumbres. (Gayo, C. II. § 31) (1).

Derecho justinianeo.—La mancipacion y la *cessio in jure* habian desaparecido. Los principios del derecho pretoriano recibieron la sancion del derecho civil. Desde aquel momento las servidumbres se adquirieron *jure civili:* 1° Por cuasi-tradicion. Ha sido cuestion vivamente controvertida entre los modernos intérpretes la de si en tiempo de Justiniano bastaba la simple convencion para establecer una servidumbre, ó si era preciso además que mediara una cuasi-tradicion de derecho por parte de aquel que se impone la servidumbre (2). 2° Por la retencion ó reserva en la tradicion de la propiedad. 3° Por la adjudicacion, sin distinguir entre el *judicium legitimum* y el *non legitimum.* 4° Por legado hecho en un testamento. 5° Por el uso continuado, *præscriptio longi temporis*, mediante las tres siguientes condiciones: que haya cuasi-posesion de la servidumbre; que la posesion tenga justa causa y se disfrute de buena fé (3); que haya sido continuada de una manera no viciosa, *nec vi nec clam nec precario*, y sin interrupcion durante diez años entre presentes y veinte años entre ausentes. (L. 12, C., *De præscript, longi temp.*, lib. VII, tít. XXXIII.)

Modos de extincion de las servidumbres.—Las servidumbres se extinguen:

1° Por el no uso, cuya duracion, al principio de dos años (*biennium*), fijóse por Justiniano en diez años entre presentes y veinte años entre ausentes (L. 13, C., *De servit.*, lib. III, título XXXIV). Respecto á las servidumbres prediales *rústicas*, el plazo comiénzase á contar desde el punto mismo en que el derecho-habiente dejó de usar la servidumbre. Respecto á las

---

(1) Véanse acerca del uso de estos pactos y estipulaciones Demangeat, ob. cit., p. 498 y 499; y Maynz, ob. cit., t. 1, § 225, p. 722 (3ª edic.).

(2) Véanse para más detalles sobre dicha discusion, Blondeau, *Chrestomathie*, p. 413; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 70; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 296; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 226, p. 725 (3ª edic.); Namur, *Cours d'Instit.* (2ª edic.), t. I, § 180, p. 247 y sig.; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 350; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 140, p. 490 y sig.; Krans, *Tr. des dr. d'usufr.*, p. 27 y siguientes.

(3) La necesidad de un justo título y de buena fé para la usucapion de las servidumbres, ha sido vivamente discutida por algunos intérpretes del derecho romano. Véase, respecto á esta interesante cuestion, Van Wetter, t. I, § 143, p. 497, texto y notas 15-16.

servidumbres *urbanas* el plazo se cuenta desde que por parte del propietario del fundo sirviente se realiza un acto contrario á la existencia de la servidumbre (*aliquid novi*) (1). Esto es lo que se llama *usucapio libertatis*. Además, sólo se adquiere la liberacion en tanto el nuevo estado de cosas producido por aquel acto de usurpacion se hubiese sostenido hasta el momento en que acaba el término de la usucapion. (L. 6, pr. D., eod.) Conviene advertir que el uso debe corresponder al título constitutivo de la servidumbre (*per modum*). El uso irregular de la servidumbre equivale al no uso.

2º *Por la ruina, destruccion ó transformacion radical* de uno de los fundos dominante ó sirviente, como por ejemplo, cuando se derriba el edificio que presta ó el que goza la servidumbre. Pero si las cosas vuelven más adelante al estado en que se hallaban con anterioridad á la destruccion, revivirá la servidumbre siempre que durante aquel intervalo no se hubiera extinguido por el no uso. (*Utiliter exigit ut idem intelligatur*). (LL. 20, 22, 23, D., *Quemad. servit. amitt.*, lib. VIII, tít. VI.)

3º *Por la confusion,* cuando se concentran en una sola persona los derechos de propiedad y de servidumbre (*nemini res sua servit*). (L. 1, D., eod.)

4º *Por renuncia* del propietario de la heredad dominante. Sin embargo, si una servidumbre indivisible pertenece á varios en comun, la renuncia no producirá efecto absoluto sino cuando la hicieren todos los co-propietarios. (L. 32, *pr. in fine*, D., *De servit. præd. urb.*, lib. VIII, tít. II, y L. 34, pr., D., *De serv. præd. rustic.*, lib. VIII, tít. III.)

5º *Por la resolucion* del derecho del causante, en virtud de la regla: *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

II. *De las servidumbres personales.*

Definicion.—Son servidumbres personales aquellas que se constituyen á favor de una persona física ó moral sobre cosas

---

(1) Esta diferencia entre las servidumbres rústicas y las servidumbres urbanas aún existia en tiempo de Justiniano. Sin embargo, se ha discutido mucho este punto. Véase Glasson, *Extinction des charges réelles par la prescription*, *Rev. prat. de dr. franç.*, 1872, t. II, p. 369 y sig.—Véase tambien *infra*, p. 190, nota I.

muebles ó inmuebles, y que se extinguen de pleno derecho por la muerte ó despues de un lapso de tiempo determinado. (Instit., § 3, lib. II, tít. IV; L. 8, D., *De usufr. leg.*, libro XXXIII, tít. II.)

Tres son las servidumbres personales: el usufructo, el uso y la habitacion.

TÍTULO IV.

Del usufructo.

Definicion.—El usufructo es el derecho de *usar* las cosas de otro *(jus alienis rebus utendi)* y percibir los *frutos* (*fruendi*), *salva rerum substantia*. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. IV; L. 1, D., *De usufr.*, lib. VII, tít. I.)

Las últimas palabras de esta definicion, *salva rerum substantia* han dado lugar á varias y distintas interpretaciones: 1º Algunos jurisconsultos las traducen así: *Derecho de usar* y *de gozar... con la obligacion de conservar la sustancia*. Esta primera opinion, casi unánimemente rechazada por los romanistas de la Facultad de París, ha sido desenvuelta con inteligencia por M. Ortolan (1). 2º Otros jurisconsultos, apoyados en la definicion que dá Teófilo en su paráfrasis de la Instituta (tít. I, lib. II, tít. IV, p. 271), opinan que las palabras *salva rerum substantia* se refieren á la duracion del usufructo, y quieren significar: *mientras dure la sustancia de la cosa*. Esta opinion parece confirmada por la frase que añaden las Instituciones á la definicion del usufructo: *est enim jus in corpore quo sublato et ipsum tolli necesse est*. Desarrollada por M. Ducaurroy es la más generalmente admitida por la Facultad de París (2). 3º Segun otra interpretacion deben traducirse así

---

(1) Véanse, en este sentido, Gluch, *Erlanter der Pand.* IX, § 631; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 212, p. 691, nota 1 (3ª edic.); Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, nº 473 (7ª edic.); de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 295.—Véase además el art. 578 del Cód. civ. franc.

(2) Sic., Ducaurroy, *Instit. de Justinian.*, t. I, nº 430; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 274.

las palabras *salva rerum substantia*: «miéntras conserve su primitivo destino.» La substancia, dicen los partidarios de esta opinion, no es solamente lo que dá existencia á la cosa, sino que bajo el punto de vista jurídico, es lo que dá á las cosas una utilidad, un destino propio. Por esto un objeto dado en usufructo puede perder su primitivo destino, dejar de producir la misma utilidad, sin desaparecer completamente. Así el que goza el usufructo de una casa no conservará el derecho de aprovecharse del terreno cuando un incendio destruya el edificio. El usufructo queda extinguido, porque la cosa pierde su primitivo destino (1). 4° Por último, algunos autores pretenden que aquellas palabras debieron referirse únicamente á la cualidad de la cosa, significando que sólo cabrá usufructo sobre las cosas de las cuales puede usarse y gozarse *sin consumirlas, sin destruirlas* (2).

Constitucion del usufructo.—El usufructo puede constituirse de tres maneras distintas: por un acto del propietario, por un acto judicial y por la ley. Sólo nos ocuparemos de la constitucion del usufructo por acto del propietario, toda vez que esta es la manera más usual.

Modos de constituirse el usufructo por un acto del propietario.—Son distintos segun examinemos el derecho anterior ó el posterior á Justiniano.

Antes de Justiniano existian dos modos:

1° La *in jure cessio* era el modo más propio para constituir el usufructo entre-vivos (Gayo, C. II, § 30). No se podia establecer *directamente* el usufructo por la mancipacion, porque no formaba en el número de las cosas *mancipi*. Pero aquel que mancipaba la propiedad de su fundo á un tercero, podia deducir el usufructo, de suerte que la nuda propiedad perteneciese á uno y quedase reservado al otro el usufructo. Así es como se llegaba indirectamente á constituir este derecho por la mancipacion. (Gayo, C. II, §§ 25 y 33.)

2° El usufructo se constituye muy frecuentemente por me-

---

(1) M. Labbé ha inclinado recientemente hácia esta opinion todo el peso de su autoridad.

(2) Véanse en este sentido, Galvanus, *Disert. var. de usuf.*, cap. IV, p. 27 y 28; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 505 (2ª edic.); Namur, *Cours d'Instit.* (2ª edic.), t. I, § 169, p. 229.

dio de un *legado*, porque la creacion de aquel derecho suele ser un acto de última voluntad. Tres son los modos de legar el usufructo; el testador lo ha legado *directamente* (*usumfructum legaverit*). Ejemplo: Yo lego á Ticio el usufructo del fundo Corneliano. En este caso el heredero tendrá la nuda propiedad y el legatario el usufructo. El testador lega á Ticio la propiedad del fundo Corneliano, hecha deduccion del usufructo (*deducto usufructo*); en este caso el legatario tendrá la nuda propiedad y el heredero el usufructo. El testador hace dos legados, á *Primus* del usufructo y á *Secundus* de la propiedad, *ménos el usufructo* (*deducto usufructu*) del fundo Corneliano; *Primus* llevará el usufructo, y *Secundus* la nuda propiedad. Nótese que en el último caso citado es de grandísima importancia la frase *deducto usufructu*. En efecto, si el testador hubiese legado pura y simplemente á *Secundus* el fundo Corneliano, este legado hubiera comprendido en sus términos generales la propiedad y el usufructo. *Secundus* se hallaria, pues, favorecido con la nuda propiedad de todo el fundo, y además con la mitad del usufructo, y *Primus* tendria solamente la otra mitad de este último.

La tradicion, segun el derecho civil, no podia emplearse para constituir el usufructo por ser un modo de enajenacion propio de las cosas corporales. Pero el pretor introdujo algun temperamento al rigorismo del derecho civil, admitiendo que pudiera conferirse el usufructo por cuasi-tradicion, y sancionando esta reforma por medio de la accion Publiciana y de los interdictos. (L. 11, § 1, D., *De Publ. act.*, lib. VI, tít. II.)

En tiempo de Justiniano fueron cinco los principales modos de constituir el usufructo: la tradicion, el legado, la ley, el fideicomiso, los pactos y las estipulaciones.

1° La tradicion ha sido consagrada por Justiniano como medio de transmitir el usufructo. (L. 3, D., *De usuf.*, lib. VII, tít. I; L. 11, D., *De Publ. act.*, lib. VI, tít. II; L. 11, *Quib. mod. us.*, lib. VII, tít. IV.)

2° El legado, uno de los antiguos modos de constituir el usufructo, concedió al legatario, desde la época de Justiniano, no solamente acciones personales, sino tambien acciones reales é hipotecarias. (Instit., § 2, lib. II, tít. XX.)

3º La ley concede al padre el usufructo del peculio adventicio de su hijo. (Instit., § 1, lib. II, tít. IX.)

4º El fideicomiso fué reconocido por Justiniano cual otro de los modos constitutivos del usufructo. (L. 9, *De usuf. leg.*, lib. XXXIII, tít. II.)

5º Por último; los pactos y estipulaciones pueden utilizarse tambien para constituirlo. (L. 2, C., *De fals. caus.*, lib. VI, tít. XLIII). Pero los pactos y estipulaciones, ¿darán inmediatamente orígen al derecho real de usufructo, ó sólo á una accion personal para obligar á constituirlo? (1)

Advertencia.—Es una de las cuestiones más debatidas por los modernos comentaristas la de si en tiempo de Justiniano podia ser adquirido el usufructo por la prescripcion de diez ó veinte años (2).

¿Sobre qué cosas puede constituirse el usufructo?—El usufructo propiamente dicho puede constituirse sobre todas las cosas corpóreas, muebles ó inmuebles que se hallan en nuestro comercio. Es, como dice Justiniano, un *jus in corpore.* (Instit., *pr.*, lib. II, tít. IV). Así pueden ser objeto del derecho de usufructo un prédio, una casa, un esclavo. (Instit., § 2, eod.)

Del cuasi-usufructo.—No todas las cosas corporales pueden ser objeto del derecho de usufructo propiamente dicho; tales son las que se consumen por el uso (*quæ ipso usu consumuntur*). Pertenecen á esta clase todas las sustancias alimenticias, el vino, el aceite, el trigo y la moneda, porque respecto á ellas no cabe separacion entre el *jus utendi et fruendi* y el *jus abutendi.* El uso que de las mismas se haga es definitivo; de suerte que perece la cosa de que uno se sirve. En un principio era, pues, nulo el legado que un testador hiciese á favor de un tercero, dejándole una cantidad metálica. Sin embargo,

---

(1) La misma dificultad surge relativamente á las servidumbres prediales.—Véanse, en diversos sentidos, los autores ántes citados, lib. II, tít. III, p. 138, nota 2 y sobre todo M. Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 70 y sig.

(2) Véase, afirmativamente, Vangerow, *Lehrb. des Pand.*, § 351, p. 762 (7ª edicion); Puchta, t. I, § 188, letra M.; de Savigny, *System. des* heut. *röm. Rechts*, t. IV, p. 493 y sig.; Unterholzner, *Verjahrung*, p. 150; Maynz, *Cours. de dr. rom.*, t. I, § 228, p. 552 (3ª edic.); Machelard, *Text. sur la possess*, 1ª parte, § 2, p. 35, nota 1; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 277, p. 634, nota 1.—En sentido negativo, Zimmern, *Römischrechtl Untersuch*, p. 112; Krans, ob. cit., p. 36.

como se hicieran muy frecuentes en las disposiciones testamentarias esta clase de legados, buscóse un medio para no dejar sin efecto la voluntad del testador. Un Senado-consulto, cuya fecha no es dable precisar (1), resolvió que tambien se pudiera establecer (*utilitatis causa*) el usufructo sobre esta clase de cosas.

Cuando se transferia al legatario la propiedad de la cosa legada, obligábase aquél á restituir el dia de su muerte ó á la extincion del usufructo por la *capitis deminutio*, ya una cosa de la misma especie y calidad cuando el legado se habia hecho sin estimacion, ya en caso de haber sido estimado, el precio que se le asignare anteriormente.

Esta obligacion se hallaba garantida por deudores accesorios ó fideyusores. (*Satisdatur, ut..... tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ*). Por este procedimiento se ha creado un derecho equivalente al de usufructo, que han llamado *cuasi-usufructu* los comentadores.

DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL CUASI-USUFRUCTO.

1º *Bajo el punto de vista de la constitucion del derecho.*—El usufructo se constituye por los modos de adquirir entre vivos y por los de última voluntad; el *cuasi-usufructo* sólo se constituye por testamento.

2º *Bajo el punto de vista de la extension del derecho.*—El usufructo propiamente dicho sólo confiere al usufructuario una simple desmembracion del derecho de propiedad, ó sea el *jus utendi-fruendi* sin el *jus abutendi*. El *cuasi-usufructo*, por el contrario, trasfiere al cuasi-usufructuario, no únicamente la desmembracion del derecho de propiedad, sino la propiedad plena.

3º *Bajo el punto de vista de los riesgos.*—El usufructuario está obligado á devolver, no una cosa semejante á la que disfruta, sino la cosa misma; de donde resulta que no devolverá

(1) En Alemania Gluck, Noodt y Shulting atribuyen este Senado-consulto al reinado de Tiberio. Tal es tambien la opinion generalmente aceptada en Francia. No obstante, otros romanistas de gran autoridad, principalmente Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts*, (8ª edic.), p. 560, le refieren al reinado de Augusto.

nada cuando la cosa perece por caso fortuito, pues se aplica el principio *Res perit domino* (Instit., § 2, lib. II, tít. IV). El *cuasi-usufructuario* está obligado á devolver, no las mismas cosas que le fueron entregadas, sino otras de la misma especie, cantidad y calidad, ó una suma representativa de su valor. Es indiferente que las cosas por él recibidas hubiesen ó no perecido, pues su obligacion subsiste invariablemente.

4° *Bajo el punto de vista de la extincion del derecho.*—El usufructo se acaba por la pérdida ó alteracion de la cosa; el cuasi-usufructo sólo por la muerte ó la *capitis-deminutio* del cuasi-usufructuario (*si morietur aut capite minuetur*).

Del usufructo de las cosas incorporales.—Estas cosas no fueron primitivamente susceptibles de ser objeto del derecho de usufructo; pero despues de introducido el cuasi-usufructo se reconoció válido el legado en que se constituyera el usufructo de cosas incorporales (1).

Derechos del usufructuario.—El usufructuario tiene derecho á todos los frutos producidos por la cosa.

Definicion de la palabra frutos.—Los frutos son los rendimientos que produce periódicamente la cosa, segun su destino. De modo que no se llamará fruto el tesoro descubierto bajo el suelo, porque no se le puede considerar como producto *periódico* ya que no hay tierra ninguna *destinada* á producir tesoros. Por el contrario, es un fruto la cosecha que nos rinde un campo, toda vez que la cosecha se reproduce dentro de ciertos intervalos más ó ménos breves sin alterar el valor de la tierra.

Division de los frutos.—Los frutos son *naturales* ó *civiles*. Entiéndese por frutos *naturales*, los que la tierra produce por

---

(1) Se ha discutido vivamente si el usufructo de los créditos constituye un verdadero usufructo ó sólo un cuasi-usufructo. La cuestion tiene importancia bajo el concepto de que si hay verdadero usufructo, el legatario no puede disponer del capital del crédito, miéntras que esto se le permite cuando hay cuasi-usufructo.—Lanterbach (*Colleg. Theor. prat. Pand.*, h., t., § 6, p. 620), y Thibaut (*Syst. des Pand.*, R. 2° vol., § 610), opinan que es un verdadero usufructo.—Glnck *Pand.*, IX, p. 172 y 406), Pellat (*Text. chois. des Pand.*, p. 30 y sig.), y Krans (*Des droits d'usufr.*), pretenden que los créditos son materia de *cuasi-usufructo*. Otros autores, finalmente, han adoptado una opinion intermedia, y se deciden unas veces por el usufructo y otras por el cuasi-usufructo,—V. principalmente Held, *Die Lhere Vom Usufruct. lar. rer.*, § 12, p. 49.

sí misma, espontáneamente ó por medio del trabajo humano. Ejemplo: las maderas, el heno, el trigo, las legumbres, etcétera. Llámanse frutos *civiles*, los rendimientos que la cosa no produce directamente, pero que se obtienen con ocasion de la misma, como por ejemplo, los alquileres de una casa, etc.

Diferencias entre la adquisicion de los frutos naturales y la de los frutos civiles.

Los frutos *naturales* se adquieren *por la percepcion*, la cual tiene lugar cuando los frutos son desprendidos ó separados de la cosa que los ha producido. Pueden ofrecerse tres casos: 1° Cuando el usufructuario muere *antes* de la percepcion de los frutos, no tiene derecho ninguno sobre los no percibidos todavía, los cuales pertenecerán al nudo propietario. 2° Cuando el usufructuario muere *despues* de la percepcion de los frutos, hará suya la totalidad de la cosecha. 3° Cuando el usufructuario muere *durante* la percepcion de los frutos, la parte que hubiere ya percibido corresponderá á sus herederos, y lo restante al nudo propietario.

Los frutos *civiles* se adquieren *dia por dia* en proporcion al tiempo que ha durado el usufructo. Ejemplo: cuando se trata de una casa alquilada por 365 pesetas anuales; dividiéndose el precio del arriendo en trescientas sesenta y cinco partes, el usufructuario adquirirá tantas como hayan sido los dias que duró el usufructo durante un año. Si, pues, el usufructuario muere despues de seis meses, como ha disfrutado de su derecho la mitad del año, recogerá la mitad de los frutos.

Obligaciones del usufructuario.—El usufructuario debe gozar de la cosa como un buen padre de familia *(quasi bonus pater familias)*, esto es, como un administrador diligente y cuidadoso; de modo que viene obligado á la custodia y conservacion de los bienes de que disfruta.

El usufructuario debe:

1° Denunciar al propietario cualquiera usurpacion cometida por un tercero respecto á la cosa;

2ª Utilizar las servidumbres pertenecientes al inmueble para que no se pierdan por el no uso *(non utendo)*;

3° Tomar de los frutos percibidos lo que sea necesario para la conservacion del fundo (*modica refectio*). (L. 7, § 2, D., *De*

usuf., lib. VII, tít. I.) ¿Qué se resolverá en el caso especial del usufructo de un rebaño? El usufructuario está obligado á sustituir las reses muertas con las que vayan naciendo; de modo que sólo se aprovecha el excedente que resulte, comparando el acrecentamiento con la mortalidad. (L. 68, § 2, D., eod);

4° Satisfacer los gastos de los litigios que se refieran exclusivamente al usufructo;

5° Pagar los impuestos que, segun la costumbre, se consideran como un gravámen de los frutos. (L. 52, D., eod);

6° Dar caucion. Esta última prescripcion no procede del derecho civil, sino del derecho pretoriano. (L. 13, pr., D., *eod*). Esta caucion consiste en presentar una persona solvente que se obligue á pagar, caso de no poderlo hacer el usufructuario, todas las cantidades ó indemnizaciones pecuniarias, de las cuales puede hallarse en este concepto, deudor al propietario. El testador no podrá jamás dispensar al legatario de dicha obligacion (L. 7, C. *Ut in poss. leg.*, lib. VI, tít. LIV). El nudo propietario tiene la facultad de renunciar á la garantía que el pretor ha establecido á favor del mismo. (L. 13, pr. D. *eod.*)

Modos de extincion del usufructo.—El usufructo se extingue: 1° Por la muerte del usufructuario; 2° Por su cambio de estado que tenia lugar en el antiguo derecho por las tres *capitis deminutiónes*, y en la época de Justiniano únicamente por la *máxima* y la *media* (L. 16, § 2, C. De *usuf.*, libro III, tít. XXXIII); Por 3° la pérdida ó trasformacion de la cosa; 4° Por el no uso (*non utendo*) (1); 5° Por la consolidacion ó reunion en una misma persona de las cualidades de usufructuario y de nudo propietario (Instit., § 3, lib. II, tít. IV); 6° Por la cesion del usufructo al nudo propietario (Instit., § 3, eod.); 7° Por la extincion del término ó el cumplimiento de la condicion

---

(1) Segun Justiniano, el no uso es por sí sólo bastante para extinguir el nsufructo, ó era preciso una *usucapio libertatis* por parte del nudo propietario, es decir, una cuasi-posesion del usufructo durante el plazo fijado? Bastaba el mero no uso segun la opinion de Vangerow, ***Pand.***, t. I, § 357, p. 286; Ortolan, ***Explic. hist. de Instit.***, t. II, n° 486; de Fresquet, ***Tr. élém. de dr. rom.***, t. I, p. 300; Pellat, *De la propr. et de l'usufr.*, p. 95, rem. 4; Namur, *Cours d'Instit.*, (2ª edic.), t. I, § 182, p. 254; Demangeat, *Cours élément. de dr. rom.*, (2ª edic.), t. I, p. 738; Van Wetter, *Cours*.

cuando el usufructo se ha establecido bajo una de dichas modalidades; 8º Por la resolucion del derecho del constituyente en virtud de la regla general: *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

TÍTULO V.

Del uso y de la habitacion.

Del uso.—El uso (*nudus usus*) es el derecho de servirse de una cosa sin percibir sus frutos (*uti potest, non fruit potest*). Ejemplo: el que tiene el uso de un esclavo, sólo goza el derecho de hacerle trabajar para provecho personal del dueño, pero no se le permite transferir este derecho á otro. Mas como hay algunas cosas respecto de las cuales el mero uso no acompañado de algun derecho á los frutos, seria de muy escaso provecho, las prudentes introdujeron algun temperamento al rigorismo del derecho primitivo, concediendo al usuario algo más que el mero uso. Rigorosamente hablando, el usuario de un fundo no disfrutaria más que el derecho de pasearse; el usuario de un rebaño de corderos sólo podria utilizarlo para estercolar sus tierras; el usuario de una casa deberia habitarla él sólo, sin otra persona de la familia. En el último período del derecho, el que tiene á su favor el uso de un fundo, puede tomar del mismo legumbres, frutos, flores, forraje, paja y maderas en aquella cantidad que necesite para el uso cuotidiano (*ad usum quotidianum*) (L. 12, § 2, D., *De usu et habit.*, libro VII, tít. VIII); puede tambien vivir en el fundo á condicion de que con su presencia no entorpezca las tareas del cultivo. El

---

elém. de dr. rom., t. I, § 153, p. 532; Accarias, *Préc de dr. rom.*, (2ª edic.), t. I, nº 279, p. 640, nota 2ª; Comp. Glasson, *Extinction des charges réelles par la prescription*, *Rev. pract. de dr. franc.*, 1872, t. II, p. 369 y sig.—Por el contrario, pretenden otros jurisconsultos que Justiniano exigió una *usucapio libertatis* por parte del propietario.—Véanse principalmente Gluck *Pand.*, IV, § 641, p. 370; Pufendorf, *Observ. juris univ.*, t. III, obs.188; Mackeldey, *Lehrbuch*, § 292, nota M; Mühlenbruc, *Doctr. Pand.*, § 294. p. 283.—V. *supra*, p. 181, nota 1ª.

que tiene el uso de un rebaño, goza el derecho de tomar cada dia una pequeña cantidad de leche (*modico lacte*) (L. 12, § 2, D., *eod*). Por último, el que tiene el uso de una casa puede habitarla con su familia y recibir un huésped. Hay en el Digeto un pasaje del cual podríamos deducir que tambien se permitia al usuario recibir un inquilino en la casa (*et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum*. L. 2, § 1, L. 4, pr., D., eod) (1).

Modos de constitucion y extincion del uso.—El uso se constituye y acaba por las mismas formas que el usufructo. Una diferencia existe, sin embargo, entre ambos derechos bajo el punto de vista de su constitucion. El usufructo puede crearse *por la ley*, como, por ejemplo, el que disfruta el padre sobre el peculio adventicio de su hijo. El uso, por el contrario, no nace jamás de la sola voluntad del legislador. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. V.)

De la habitacion.—Es una servidumbre personal que no cabe confundir con el usufructo ni con el uso, pues ofrece una particularidad bastante notable. No constituye un derecho único, sino tantos derechos particulares cuantos sean los años, meses ó dias que viva el legatario (*in singulos dies.*) Es un provecho cuotidiano que se adquiere dia por dia. Por consiguiente, la *minima capitis deminutio*, que con anterioridad á Justiniano causaba la pérdida del usufructo y del uso, no afectaba al derecho de habitacion que despues de la *capitis deminutio minima* renacia al comenzar el dia inmediato, porque no puede perderse un derecho sin haberlo ántes adquirido. (L. 10, D., *De cap. minut.*, lib. VI, tít. V.) Tampoco el *no uso* importaba la pérdida del derecho de habitacion.

Amplitud del derecho de habitacion.—No se hallan de acuerdo los jurisconsultos respecto á la extension que cabe dar al derecho de que nos ocupamos. Justiniano ha borrado todo motivo de controversia decidiendo, conforme á la opinion de Marcelo, que el legatario de habitacion tuviese la facultad de ha-

(1) Esta teoría, segun la cual no se concreta el derecho de uso á las solas necesidades del usuario, es generalmente sostenida en nuestros dias, bien que todavía se haya combatido recientemente por Puchta. *Instit.*, t. II, § 255, y Krans, *Droit d' usufr.*, p. 260. —V. Cód. civ. franc., arts. 630 y 633.

bitar la casa junto con su familia ó de alquilarla á otras personas. En tal supuesto, el derecho de habitacion se asemeja en sus efectos al de usufructo y se distingue del de uso. (Instituta, § 5, eod.; L. 13, C., *De usufr.*, lib. III, tít. XXXIII.)

TÍTULO VI.

De la usucapion y de las prescripciones de largo tiempo.

DE LA USUCAPION.

Definicion.—La usucapion es un modo civil de adquirir la propiedad por la posesion prolongada durante cierto período de tiempo que fija la ley (*capio-usu*). (Ulpiano, Reg., tít. XIX, § 8.)

Casos en que se aplica la usucapion.—Son dos:

1° El propietario de una cosa *mancipi* la transmite á un tercero por medio de tradicion hecha con el propósito de transferirle la propiedad, pero sin acudir á uno de los medios consagrados para la transmision de la propiedad quiritaria. El *accipiens* adquiere sobre la cosa una propiedad de derecho de gentes; de modo que tendrá la cosa *in bonis*; pero si continúa poseyéndola durante un tiempo determinado, podrá adquirir la propiedad civil de que no disfrutaba. (Gayo, C. II, §§ 41, 42.)

2° Una persona recibe una cosa *mancipi* ó *nec mancipi* de otra cualquiera que no es su verdadero propietario (*a non domino*), pero por tal manera, que de haberlo sido dicho enajenante, se hubiera traspasado al adquisidor la propiedad quiritaria. En este caso, si el *accipiens* disfruta la posesion durante el plazo que se requiere para usucapir, adquirirá la propiedad de la cosa, por más que no le haya sido transferida por el verdadero propietario.

Preciso es observar que este último caso de usucapion ofrece mayor importancia que el primero; hásele introducido, proveyendo á un interés de órden social que reclamaba imperio-

samente la conveniencia de que las leyes fijaran un término despues del cual no se permitiera ya inquietar á los poseedores haciendo valer derechos que durante mucho tiempo se tuvieron negligentemente olvidados. De otra suerte, bajo el pretendido amparo de la equidad, se hubiera dejado fácil pretexto para un sinnúmero de litigios; la propiedad se hallaria en contínua incertidumbre; todo se hubiera sometido á controversia y se hubieran visto gravemente comprometidos los más legítimos derechos. (Gayo, C. II, §§ 43, 44.)

Caractéres de la usucapion.—Es una institucion de derecho civil, y por lo mismo sólo aprovecha á los ciudadanos romanos; se aplica únicamente á las cosas susceptibles de propiedad quiritaria, de donde se sigue que no tiene aplicacion á los fundos provinciales (Gayo, C. II, §§ 46, 48); supone la posesion, y por lo tanto, no es eficaz para hacer adquirir derechos incorporales que no consientan la posesion.

Condiciones de la usucapion.—Varias son las condiciones necesarias para usucapir: el justo título, la buena fé, la posesion *corpore et animo*, el término legal y la ausencia de todo vicio en la usucapion.

I. *Del justo título.*

El justo título (*justa causa*) es un hecho jurídico conforme al derecho, por el cual se hubiera trasferido la propiedad si lo hubiese realizado el verdadero propietario de la cosa (1). Habrá, por ejemplo, justa causa de posesion cuando se posee *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, etc. El justo título deberá existir positivamente; una persona que presumiese por equivocacion tener un justo título, no podria usucapir. Así sucede, por ejemplo, cuando una persona posee, creyendo que

(1) Esta definicion del justo título es propia de Savigny, *Le droit des obligations* (2ª edic.), t. II, § 67, p. 300 (traduc. de Gérardin y Jozon), y ha sido adoptada por Ortolan, t. II, nº 531; Thézard, p. 115, nº 3; Van Wetter, *Cours. élément. de dr. rom.*, t. I, § 111, p. 399; Labbé, *á son cours*.—Segun Demangeat, t. I, p. 545, y Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 233, p. 524, poseer *ex justa causa* es poseer en virtud de un acto que revela en el poseedor precedente la intencion de enajenar, es decir, de abdicar la cualidad de propietario.—Comp. Maynz, *Cours. de dr. rom.*, (3ª edic.), t. I, § 196, p. 624.

ha comprado ó ha recibido por donacion, cuando en realidad no ha mediado compra ni donacion ninguna (*error autem falsæ causæ usucapionem non parit.* Instit., § 11, lib. II, tít. VI.) Sin embargo, esta regla sufre una excepcion cuantas veces el error del poseedor es disculpable y recae sobre un hecho ajeno al mismo. Ejemplos: 1° Yo doy á una persona el encargo de comprar una cosa por mi cuenta; más tarde me dice que ha ejecutado mis órdenes y me da la posesion de la cosa; en tal caso, por más que no haya mediado una compra efectiva, yo podria, sin embargo, usucapir, puesto que se trata de un hecho en el que yo no he tenido intervencion directa. (L. 11, D., *Pro emptore*, lib. XLI, tít. IV.) 2° Adquiero una cosa de un loco ó de un impúber por uno de los modos traslativos de la propiedad cuando todavía ignoro completamente la locura ó impubertad del enajenante: el título putativo equivale á la *justa causa* y me permite usucapir. (L. 2, §§ 15, 16, D., eod.)

Estos ejemplos son suficientes para poner de relieve los caractéres del título putativo que puede ser base de la usucapion (1). La prueba de la *justa causa* ó del título putativo, incumbe al poseedor que pretende haber usucapido.

II. *De la buena fé.*

La buena fé (*bona fides*) es la creencia de que aquel de quien se ha recibido la cosa era el verdadero propietario. El error puede ser de dos clases: 1°, error de *hecho;* 2°, error de *derecho.*—Sólo el error de hecho justifica la usucapion (*facti ignorantiam prodesse constat.* L. 4, D., *De jur. et fact. ignor.*, lib. XXII, tít. VI.) Ejemplo: si recibo una cosa de un loco ignorando la locura que padece, puedo usucapir.

El error de derecho se opone á la usucapion (*juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse*). Ejemplo: recibo una cosa de un loco cuyo estado mental conozco, pero creyendo que á los locos se les permite enajenar sin autorizacion de su curador. Con esto incurro en error de derecho y no cabe la usucapion. (L. 2, § 15, D., *Pro empt.*, lib. XLI, tít. IV.)

---

(1) Véanse tambien otros dos casos en el Digesto: L. 4, *Pro legat.*, lib. XLI, título VIII; L. 3, *Pro hered.*, lib. XLI, tit. V.

¿En qué momento debe concurrir la buena fé?—Basta que la buena fé concurra al principio de la usucapion, en el instante de comenzar á poseer (*initium possessionis intueri debemus*). La mala fé que más adelante sobrevenga, no impide que se cumpla la usucapion (*mala fides superveniens non nocet.*) Este principio da lugar á una excepcion; cuando la cosa se hubiese adquirido en virtud de un contrato de venta (*pro emptore*), la buena fé debe concurrir, no sólo en el momento de la tradicion que señala el punto de partida de la posesion, sino tambien en el momento en que se celebró el contrato de venta. (L. 2, *pr.*, D., *Pro empt.*, lib. XLI, tít. IV.)

CASOS EXCEPCIONALES EN LOS QUE SE PUEDE USUCAPIR SIN BUENA FÉ.

Primer caso.—La *usucapio lucrativa pro herede*, fué introducida primitivamente con el propósito de que los herederos se decidiesen á recoger la sucesion abierta á su favor, pues de su negligencia resultaban graves inconvenientes bajo el doble punto de vista: *de la religion*, pues los sacrificios privados de la familia quedaban interrumpidos todo el tiempo que permanecia la herencia yacente; y *de los derechos de los acreedores*, que no sabian á quién dirigirse para obtener el cobro de sus respectivos créditos.

En este caso permitíase tomar posesion de los bienes hereditarios al primero que viniese á tomarla. (Gayo, C. II, § 55.)

Caractéres de la usucapion pro herede.—Presenta dos particularidades importantes: 1ª, esta usucapion podia tener lugar áun á favor de una persona de *mala fé*; 2ª, permitia adquirir los inmuebles de la herencia por un plazo más breve que el de la usucapion ordinaria (un año). Tambien se llamaba esta usucapion *lucrativa*. (Gayo, C. II, §§ 53, 54, 56.)

Término de la usucapion pro herede.—Un Senado-Consulto de la época de Adriano, dispuso que la usucapion *pro herede* fuese revocada cuando acudiese el heredero reclamando la restitucion de los bienes hereditarios. (Gayo, C. II, § 57.)—Por último, Marco Aurelio castigó como hecho criminal el de apode-

rarse de las cosas hereditarias ántes de que el heredero hubiese practicado la adicion ó tomado posesion, estableciendo los *indicia criminis expilatæ hereditatis*. (D., *Expil. heredit.*, lib. XLVII, tít. XIX; C., eod., lib. IX, tít. XXXII.)

Segundo caso.—La *usureceptio* tenia lugar tambien sin justo título ni buena fé. Tomemos como ejemplo la hipótesis de la constitucion de una garantía por el deudor á su acreedor. El deudor transferia la propiedad de la cosa á su acreedor, quien por medio de un contrato *de fiducia* obligábase á devolvérsela si le pagaba la deuda el dia de su vencimiento. El acreedor se hallaba ser, pues, verdadero propietario de la cosa dada en garantía. Se ha resuelto, sin embargo, que el deudor repuesto en posesion de la cosa, podia, despues de un año, recuperar, por usucapion, sin auxilio de justo título ni buena fé, la propiedad de que se habia desprendido. Esta usucapion se llamaba *usureceptio*. (Gayo, C. II, § 61.)

DISTINCION ENTRE EL JUSTO TÍTULO Y LA BUENA FÉ.

No cabe confundir el *justo título* con la *buena fé;* son dos condiciones distintas de la usucapion. Esta distincion se hace más patente bajo el punto de vista de la prueba; pues, en efecto, al que invoca un justo título le corresponde acreditar la realidad del título ó probar la legitimidad de su error, ya que la buena fé se presume siempre; y, por el contrario, corresponde al adversante probar que hubo mala fé (1).

III. *De la posesion civil.*

Comprende dos elementos: uno material *(corpus)*, esto es, el hecho de la detentacion, y un elemento moral (*animus*), esto es, la voluntad de ser propietario.

---

(1) Véanse, conformes con esta opinion, Savigny, op. cit., t. II, § 67, p. 303 y sig.; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 18, texto y nota 2; Thézard, p. 116 y 117; Demangeat, t. I, nº 236, p. 530 y 531. Tal es tambien la doctrina sentada por Labbé, *á son cours*. Comp. Ortolan, t. II, nº 533.—Sin embargo, la opinion opuesta, segun la cual el justo título y la buena fé no debieron formar más que una sola condicion, ha sido autorizadamente sostenida por Ducaurroy, t. I, nº 473 y sig.; Blondeau, *Chrestomathie*, p. 315, y Namur, *Cours. d'Instit.* (2ª edic.), t. I, § 153, p. 209.

IV. *Del transcurso legal.*

La posesion debe durar *un* año cuando se trata de una cosa mueble, y *dos* años cuando es un inmueble.—Debe, por otra parte, ser contínua, sin interrupcion durante todo el tiempo necesario para realizarse la usucapion. No es, con todo, indispensable que quien pretenda prevalerse de la usucapion haya poseido por sí mismo durante todo el tiempo fijado. A veces *continúa* una posesion ya comenzada, y otras *añade* á la suya la posesion del que le ha precedido.

Continuacion de la posesion por el heredero ó sucesor á título universal.—Cuando fallece una persona, su heredero ó sucesor á título universal, continúa la posesion comenzada por el difunto, porque el heredero y su causante forman una misma personalidad (*heres defuncti personam sustinet.*) De lo cual se deduce que la buena ó mala fé del heredero no influye de ningun modo en el cumplimiento ó incumplimiento de la usucapion. Supongamos las dos siguientes hipótesis: 1ª, el heredero tiene *mala fé*; ¿será esto un obstáculo para la usucapion? No; porque la mala fé que sobreviene cuando ha comenzado ya la usucapion, no la interrumpe; 2ª, el heredero tiene *buena fé*, pero su causante al principio no la tuvo. En este caso el heredero no podrá usucapir, porque la posesion adolece de un vicio en su orígen. (D., *De divers. tempor. præscript. et de accessionibus possess.*, lib. XLIV, tít. III; Instit., § 12, lib. II, tít. VI.)

Reunion de la posesion del sucesor á título particular con la posesion del causante.—El legatario, no siendo continuador de la persona del difunto, inaugura una posesion nueva. Pero por un rescripto de Severo y Antonino se le concedió la facultad de añadir á su posesion la de su causante (*conjungi tempora.*)

Si el legatario tuviese mala fé no podrá usucapir, pues comienza una posesion nueva que requiere buena fé por parte del poseedor. No se atiende, pues, á la buena fé del predecesor.—Si el legatario procede con buena fé, podrá usucapir, á pesar de la mala fé de su causante, porque comienza una nue-

va posesion y ha existido buena fé *ab initio usucapionis.*—Pero si hubo buena fé por parte del difunto y del legatario, este último estará interesado en añadir el tiempo de su posesion al de su causante para llegar más pronto á usucapir. Esto es lo que se llama *accessio possessionum.* (Instit., § 13, eod.)

Causa de interrupcion de la posesion.—Es necesario para que se adquiera por usucapion que la posesion no se interrumpa.

La interrupcion de la posesion (*usurpatio*) sólo tiene lugar, segun el derecho civil, por el hecho en virtud del cual queda uno desposeido de la cosa que habia comenzado á usucapir. La posesion es, en efecto, un estado de hecho (*res facti*); y, por lo tanto, cualquier suceso que haga cesar dicho estado, pone fin á la posesion. La accion reivindicativa intentada por el verdadero propietario contra el poseedor que se hallaba en camino de usucapir, no interrumpe la usucapion que puede realizarse *pendente lite.* (L. 2, D., *De usurpat.*, lib. XLI, título III.)

V. *Ausencia de todo vicio que obste al cumplimiento de la usucapion* (*ut in se non habeat vitium*).

Las cosas que se hallan fuera del comercio, no son susceptibles de usucapion; tales son, p. e., un hombre libre, las cosas sagradas ó religiosas (Instit., § 1, lib. II, tít. VI), las cosas públicas, los bienes pertenecientes al pueblo (*ærarium,*) y entre esta clase de bienes, los que están *in patrimonio populi*, los bienes propios del emperador (*fiscus*) ó de la emperatriz (Instit., § 9, eod.); las cosas robadas, segun lo disponen la ley de las Doce Tablas y la ley Atinia, el esclavo fugitivo, porque comete en cierto modo un robo contra su dueño; y, segun la ley Plautia y Julia (Gayo, C. II, § 45), los inmuebles ocupados violentamente.

Nótese que respecto al ladron y al usurpador, las indicadas prohibiciones se hallan perfectamente dentro de los principios generales en materia de usucapion, pues en tanto que la cosa robada (*res furtiva*) ó el inmueble ocupado con vio-

lencia permanecen bajo el poder del detentador el obstáculo á la usucapion procede de su mala fé.

La excepcion que consignamos, pues, se refiere sólo al caso en que la cosa robada ú ocupada con violencia hubiese pasado á poder de un tercero que la recibiese á título particular y de buena fé, como sucederia, por ejemplo, con un comprador. Por más que tenga buena fé y que la posesion en que se halla reuna todas las condiciones ordinarias de una posesion de las que dan lugar á la usucapion, la circunstancia de haber sido robada ú ocupada violentamente la cosa que posee constituye un vicio particular que viene á ser para él y sólo para él, obstáculo á la usucapion. (Instit., § 3, lib. II, título VI) (1).

Tampoco pueden ser usucapidas las cosas pertenecientes á la mujer *in tutela agnatorum* (Gayo, C. II, § 47), al impúber y al menor de veinticinco años. (L. 48, *pr.*, D., *De usurpat.*, lib. XLI, tít. III.)

Efectos de la usucapion.—Por medio de la usucapion se adquiria la propiedad quiritaria tal como la tenia en su patrimonio el anterior propietario, esto es, gravada con los mismos derechos de servidumbre, de prenda, de hipoteca, de usufructo y de uso. (L. 44, § 5, D., *De usurpat. et usucap.*, libro XLI, tít. III; L. 17, § 2, D., *De usufr.*, lib. VII, tít. I.)

DE LAS PRESCRIPCIONES DE LARGO TIEMPO.

De la prescripcion de largo tiempo (2).—La prescripcion ó posesion de largo tiempo ha sido creada por el derecho pretoriano con el objeto de completar los vacíos que se observaban en la usucapion civil.

---

(1) Comp. Cód. civ. franc., arts. 2279 y 2280.—La ley 9ª, tít. 18 de la Partida 3ª, establece que para prescribir las cosas muebles se requiere «*que aya buena fé en tenerla é que la aya por alguna derecha razon* haberla recibido de quien podia enajenarla y poseerla por si mismo ó por otro en su nombre durante tres años por lo menos; *é maguer despues desso viniese el señor della á demandarla non deue ser oido; fueras ende si el señor de la cosa quisiesse provar que le fuera furtada, ó robada ó forçada.*»—N. del Tr.

(2) Véase acerca del origen y desarrollo de la *præscriptio longi temporis* y de las diferencias que la distinguen de la usucapion, M. de Folleville, *De l'adquisition ou libération par l'effet du temps*, nº 6 y sig.

Semejanzas entre la prescripcion de largo tiempo y la usucapion.—La *præscriptio longi temporis* se asemejaba á la usucapion en que para su cumplimiento era necesaria la concurrencia de las tres siguientes condiciones:

1ª Posesion *continuada sin interrupcion* durante cierto período.

2ª Transmision en virtud de *justa causa.*

3ª Buena fé por parte del poseedor.

DIFERENCIAS ENTRE LA PRESCRIPCION DE LARGO TIEMPO Y LA USUCAPION.

1ª *Relativamente á las personas.*—La usucapion sólo favorece á los ciudadanos romanos.—La prescripcion es comun á los ciudadanos y á los peregrinos.

2ª *Relativamente á los bienes.*—La usucapion sólo se aplica á los inmuebles radicados en Italia.—La prescripcion se hace extensiva á los fundos provinciales.

3ª *Relativamente al tiempo.*—El plazo para la usucapion es de *un* año, si se trata de muebles, y de *dos* años si de inmuebles.—La prescripcion es, indistintamente, de diez años *entre presentes*, esto es, entre personas domiciliadas en la misma provincia, y de veinte años *entre ausentes*, ó sea entre personas domiciliadas en distintas provincias. (L. 8 *pr.*, *De præscript.* XXX, *vel* XL *ann.*, lib. VII, tít. XXXIX.)

4º *Relativamente á la interrupcion.*—La usucapion no se interrumpe por la accion reivindicativa del verdadero propietario, de modo que puede cumplirse *inter moras litis* (L. 2, § 21, D., *Pro empt.*. lib. XLI, tít. IV). La prescripcion, por el contrario, queda interrumpida desde que se propone judicialmente la reivindicacion por el propietario, es decir, en el momento de la *litis contestatio*. (L. 10, C., *De præscriptio longi temp.*, lib. VII, tít. XXXIII.)

5º *Relativamente al respectivo alcance de sus efectos.*—La usucapion transfiere el dominio de la cosa con las cargas de servidumbre, prenda ó hipoteca con que se hallaba gravada en poder del anterior propietario (*salvo jure servitutis vel hypothe-*

cæ).—La prescripcion, por lo mismo que puede oponerse al propietario, extingue de pleno derecho las cargas de servidumbres, hipotecas, etc., y por esto se comprende que un ciudadano romano podia tener más interés en invocar la prescripcion que la usucapion, áun cuando se tratase de un inmueble situado en Italia (1).

6º *Relativamente á los medios de defensa.*—La usucapion trae consigo para el que ha usucapido una accion reivindicativa, ya contra terceras personas, ya contra el antiguo propietario cuando quiera que fuese aquel desposeido. La prescripcion, al principio, no producia más que una excepcion con que se amparaba el poseedor; pero mediante los adelantos del derecho vino á concedérsele una accion útil (accion Publiciana), que ofrecia todas las ventajas de la reivindicacion. (L. 8, *pr.*, C., *De præscript.* XXX *vel* XL *annor.*, lib. VII, tít. XXXIX.)

De la prescripcion «longissimi temporis.»—No vemos empleada en los textos como término clásico la frase *longissimi temporis præscriptio* que han adoptado los comentaristas para indicar la *prescripcion de treinta años*. Esta prescripcion, establecida por el emperador Teodosio II con el principal objeto de atender á la seguridad del órden social, impide por medio de una excepcion opuesta cuando ya ha expirado el término, toda investigacion de las propiedades, como tambien el ejercicio de las acciónes llamadas perpétuas, sin consideracion á la

---

(1) Tal es por lo ménos la opinion más generalmente recibida en nuestros dias, y que Accarias ha prohijado tambien en la 1ª edicion de su obra *Préc. de dr. rom.*, nº 245, p. 534. Sin embargo, el sábio profesor citado se aparta de esta doctrina en la nueva edicion de su excelente trabajo (V. nº 245, p. 551 y 552), y se fija en las siguientes conclusiones: «Hay, en realidad, dos prescripciones de largo tiempo, independientes una de otra; la primera, oponible al propietario; la segunda puede ser invocada contra las personas que tengan derechos reales sobre la cosa; esta última prescripcion coincide á veces con la primera, pero no es su consecuencia. Por otra parte, para que la *præscriptio longi temporis* pudiese oponerse á un acreedor hipotecario ó al que goza de un derecho de servidumbre, era preciso que mediase respecto á estas personas las condiciones de tiempo y buena fé. Así, cuando al poseedor le consta que habia adquirido *a non domino*, pero ignora que la cosa estuviese hipotecada, no utilizará la prescripcion contra el propietario, porque respecto á él obró con mala fé, pero prescribirá contra el acreedor hipotecario. (L. 2, C., *Si adversus creditorem*, lib. VII, tit. XXXVI). Esta doctrina, más conforme con la lógica y con los textos que la antigua, ha obtenido ya la adhesion de algunos romanistas de la Facultad de París. (V. Lyon Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 392 y sig.).

existencia de justo título ni á la buena ó mala fé del poseedor, ni á la distincion entre muebles é inmuebles, ni al hecho de habitar ó no en la misma provincia el poseedor y el propietario. (L. 3, C., *De præscript.* XXX *vel* XL *ann.*; lib. VII, tít. XXXIX.)

Este principio no fué más que una prescripcion extintiva de la accion reivindicatoria, que sin dar al poseedor la propiedad de la cosa, le proporcionaba un simple medio de defensa.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR JUSTINIANO.

Justiniano confundió la usucapion y la prescripcion de largo tiempo. En su época ya no existia la distincion antigua entre cosas *mancipi* y *nec mancipi*; y por consiguiente, la primera aplicacion de la usucapion dejó de presentarse en el terreno de los hechos. Sólo quedaba la segunda aplicacion, esto es, la referente al poseedor que recibió una cosa *a non domino ex justa causa et bona fidei*. Por otro lado, merced á la profusion con que se otorgó el derecho de ciudadanía, reconociéndolo á todos los súbditos del imperio, quedó borrada toda distincion entre ciudadanos y peregrinos, entre la propiedad quiritaria y la propiedad bonitaria (*in bonis*), entre los fundos itálicos y los provinciales (1). Justiniano dejó subsistentes las condiciones comunes á la usucapion y prescripcion, á saber: 1° justo título; 2° buena fé; 3° continuidad de la posesion.

Relativamente al tiempo no modificó el plazo de diez años ó de veinte años fijado por el derecho pretoriano para la prescripcion de inmuebles, pero estableció el de tres años para la usucapion de las cosas muebles. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. VI.)

Relativamente á los efectos atribuye Justiniano á esta nueva prescripcion el de transferir la propiedad y extinguir, en igual tiempo y de pleno derecho, las servidumbres é hipotecas (2).

---

(1) Estas reformas se realizaron por medio de cuatro constituciones: L. 8, C., ***De** præscrip.* XXX, *vel* XL *ann.*, lib. VII, tit. XXXIX; L. 1, C., ***De** usuc. transform.*, libro VII, tit. XXXI: L. 1, C., ***De** jur. nud. quirit. toll.*, lib. VII, tít. XXV: L. 12, C., ***De** praescript. longi temp.*, lib. VII, tit. XXXIII.

(2) Segun la teoría de Accarias (n° 246, p. 555, 2ª edic.), que dejamos resumida y aceptada, suprá, p. 202, nota 1ª, la nueva prescripcion creada por Justiniano dejó subsistentes todos los derechos reales que gravaban la cosa cuando la poseian los

El primero de estos efectos deriva por semejanza de la usucapion civil y el segundo de la prescripcion pretoriana.

Pero en la nueva forma de prescripcion introducida por Justiniano, ¿prevalecen las reglas de la usucapion antigua ó las de la *præscriptio longi temporis?* La mayoría de los intérpretes se resuelven por la aplicacion de los principios que regian la antigua usucapion (1).

Respecto á la prescripcion extintiva de treinta años, introducida por Teodosio el Jóven, dejóla subsistir Justiniano para los casos en que no existiera buena fé, pero se convertia en prescripcion *adquisitiva* cuando el poseedor tuviese buena fé; esta es la *usucapion extraordinaria* del nuevo derecho. No es necesario justo título para la usucapion extraordinaria; es bastante la buena fe. (L. 8, § 1, C., *De præscript.* XXX *vel* XL *ann.*, lib. VII, tít. XXXIX) (2).

Ultimamente debemos mencionar otra prescripcion de *cuarenta años*, establecida por el emperador Anastasio con el propósito de extinguir de un modo general todos los derechos y acciones que no se hallaban sujetos á la prescripcion de treinta años. Esta prescripcion de cuarenta años se aplica: á la accion hipotecaria (LL. 3, 7, *pr.*, y § 1, C., *De prescrip.* XXX *vel* XL *ann.*, lib. VII, tít. XXXIX); á los bienes patrimoniales del emperador (L. 14, C., *De fund. patrim.*, lib. XI, títu-

---

anteriores propietarios. Justiniano conservó la *longi temporis praescriptio* como institucion distinta é independiente de la usucapion, en cuanto tiene por objeto procurar la extincion de los derechos de prenda é hipoteca. Para que esta prescripcion destinada, no á dar la propiedad, sino á completarla, sea posible, era indispensable que el poseedor, fuese propietario ó no, ignorase la existencia de la hipoteca en el momento de tomar posesion; y para que dicha prescripcion se cumpla en el periodo de diez años, es preciso que el acreedor hipotecario tenga su domicilio en la misma provincia que el poseedor. Así es como explica Accarias las Constituciones de Justiniano, en que se trata de la *præscriptio longi temporis*, opuesta á los acreedores hipotecarios.

(1) Véanse, en este sentido, de Savigny, *System.*, t. VI, p. 59: Demangeat, t. I, p. 537: de Folleville, *De l'adquisition ou libération par l'effet du temps*, nº 17: Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 246, p. 554 y sig.; Van Weter, *Cours. élément. de dr. rom.*, t. I, § 106, p. 388. Tal es tambien la opinion de Labbé, *á son cours.—Contrá:* Namur, *Cours d'Instit* (2ª edic.), t. I, § 149, p. 204; Windscheid, *Leherd*, t. I, § 175, nota *a*; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 198 (3ª edic.).

(2) *Sic.*, Namur, *Cours d'Instit.* (2ª edic.), t. I, § 157, p. 214; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 113, p. 404; Maynz, *Cours. de dr. rom.* (5ª edic.), t. I, § 200, p. 647; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 247, p. 556; Labbé, *a son cours.*

lo LXI); y á los bienes de las iglesias y establecimientos de beneficencia. (Nov. CXI y CXXXI. cap. VI.) (1).

En general, todas las cosas son susceptibles de usucapion extraordinaria, áun las sustraidas á la ordinaria, salvo las tres excepciones siguientes: 1º Las cosas halladas fuera del comercio que no podian ser objeto de propiedad privada; 2º Los inmuebles dotales de la mujer casada; 3º Los bienes adventicios de los hijos sometidos á poder ajeno.

TÍTULO VII.

De las donaciones.

Definicion.—La donacion puede ser definida: una utilidad concedida *gratuitamente* con intencion liberal, por una persona á otra que la acepta (2).

Carácter de la donacion.—Las instituciones dicen que la donacion es un *género* de adquision (*genus adquisitionis*), y no un *modo* de adquisicion (pr., lib. II, tít. VII.)

Modo de adquisicion, es un conjunto de medios, de condiciones por las cuales se realiza una traslacion de la propiedad; por ejemplo, la cesion en justicia, la mancipacion.

Género de adquisicion, es una *causa* legítima de adquisicion que por sí misma no transfiere la propiedad, pero es motivo determinante de la traslacion que debe realizarse por los medios ordinarios de adquisicion.

Division de las donaciones.—Son dos las principales especies de donaciones, la *entre vivos* y la donacion por *causa de muerte* (Instit., *pr.*, *eod.*)

I. *Donacion entre vivos.*

Definicion.—La donacion entre vivos, es aquella que se

---

(1) La accion real hipotecaria prescribe á los treinta años, segun dispone la ley 5ª, tít. 8º, libro 11 de la Novísima Recopilacion.—Sentencias del Tribunal Supremo de justicia de 24 de Enero de 1863 y 14 de Octubre de 1864).—N. del Tr.

(2) Nosotros nos hallamos conformes con la mayor parte de los intérpretes en reconocer la necesidad de la aceptacion por parte del donatario.—V. Goudsmit, obr. cit., § 68, p. 188, nota 1ª.—*Contrá*, Savigny, *Syst.*, t. IV, § 160.

hace sin prevision de la muerte del donante (*sine ulla mortis cogitatione*); su efecto es *actual é irrevocable*. (Instit., § 2, *eod.*)

Actual en el sentido de que el donante debe transferir *hic et nunc*, no una esperanza, sino un derecho. La donacion puede ser *condicional ó á término*, de suerte que no hay dificultad en donar un inmueble bajo la condicion *Si navis ex Asia venerit*, ni tampoco en estipular en la donacion que será entregado el inmueble *despues de cierto plazo*, como por ejemplo, dentro de diez años. En ambos casos, el donatario adquiere *hic et nunc* ciertos derechos que áun siendo imperfectos, forman desde luego parte de su patrimonio; derechos independientes de la voluntad del testador, los que podrá defender por actos de conservacion, enajenar á terceros y transmitir á sus sucesores (C., *De donat quæ sub mod.*, lib. VIII, tít. LV.)

Irrevocable, porque no se consiente al donante insertar cláusulas por las cuales se reserve un medio directo ó indirecto de retirar la liberalidad con que ha favorecido al donatario. (Instit., § 2, *eod.*)

¿Cómo se otorga la donacion?—Segun el derecho romano clásico, no teniendo fuerza obligatoria el *pacto de donar*, se hallaba desprovisto de accion mientras no se hubiese empleado uno cualquiera de los medios ordinarios de transferir la propiedad. En la época de Antonino Pío, se introdujo una excepcion á este principio, decidiendo que entre *ascendientes* y *descendientes* fuese obligatorio y estuviese acompañado de accion el simple pacto de donar, hecho con un propósito de liberalidad (Frag. Vatic., § 314). Esta disposicion ha sido confirmada por Constantino (L. 4, C. Teod., *De donat.*, lib. VIII, tít. XII). Justiniano ha ido más lejos, disponiendo que la convencion de dar fuese completamente obligatoria, y diese lugar á una accion en derecho (*condictio ex lege*) respecto de *toda clase de personas*. Esta convencion se llamaba *pacto legítimo* (Instit., § 2, eod.) (1).

Restricciones puestas á la libertad de donar.—Son dos: una derivada de la ley *Cincia*, y otra de la formalidad de la insinuacion:

---

(1) Véase relativamente á los pactos, *infra*, lib. III, tít. XXVI, apéndice I.

1° La ley *Cincia* prohibia, en primer lugar, á los abogados percibir honorarios por sus trabajos en los litigios que se les encomendaban (*pecuniam donumve accipiat*) (Tácito, Anales, XI, § 5). En segundo lugar, establecia una tasa (*certum modum*), de la cual no podian exceder las donaciones (200 sólidos probablemente). Ciertas personas (*exceptæ personæ*), se hallaban exentas de estas limitaciones; tales eran, por ejemplo, los próximos parientes, los indivíduos *in potestate, in mancipio, in manu*, etc. (Frag. Vatic., §§ 298 á 312.)

Los juriconsultos consideraban imperfecta la ley Cincia, porque no concedia al donador que hubiese otorgado una liberalidad *supra legitimum modum*, el derecho de reclamar por vía de accion lo que hubiese transferido al donatario; podia únicamente repeler por medio de una excepcion la accion de este último, en tanto no se hubiese llevado á cabo la donacion; esta excepcion se consideraba *cuasi popular*, porque podia invocarla cualquiera persona interesada (*Frag. Vatic.*, § 266). Por otra parte, la excepcion *legis Cinciæ* perdia toda su eficacia cuando el donante moria sin haber protestado contra la donacion (*morte donatoris Cincia removetur. Frag. Vatic.*, § 259.)

La ley Cincia cayó en desuso en la época del Bajo Imperio. (Nov. CLXII, cap. 1, *pr.*)

2° La *insinuacion*, inspirada en el mismo propósito de restringir las donaciones entre vivos, fué introducida en tiempo de Constantino (*Frag. Vatic.*, § 249). La insinuacion llenaba dos objetos: en primer lugar, ponia coto á las donaciones afrentosas imponiéndolas una forzosa publicidad, y en segundo lugar, llegando así la donacion á noticia de terceras personas, se facilitaba grandemente la prueba. La formalidad de la insinuacion consistia en la redaccion de un escrito que se depositaba en poder del magistrado á cuyo cargo teníase confiada la conservacion de los instrumentos públicos. Al principio, la insinuacion se prescribia para las donaciones que importaban más de 200 sólidos; Justiniano puso el límite en los 500 sólidos. (Instit., § 2, lib. II, tít. VII.)

Diferencias entre la insinuacion y la ley Cincia.— 1° La *insinuacion* se dirigia principalmente contra los próximos parientes; por el contrario, las limitaciones de la ley *Cin-*

cia no se referian de ningun modo á las donaciones entre parientes. 2º La falta de *insinuacion* importaba la nulidad absoluta de la donacion en todo lo que excediese de la tasa legal de 500 sólidos. De lo cual resultaba que podia el donante reclamar por vía de accion lo que hubiese dado al donatario. (L. 2, C. Teod., lib. VIII, tít. XII). La ley Cincia, por el contrario, sólo concedia al donante una *excepcion* completamente inútil cuando la donacion se hubiese ya llevado á cumplimiento. 3º La *insinuacion* respondia á un objeto de publicidad que no tenia en cuenta la ley *Cincia*.

Donaciones dispensadas de insinuacion.—Ciertas donaciones, tales como las que se hacian para el rescate de cautivos y reconstruccion de los edificios incendiados, quedaban dispensadas de la formalidad de la insinuacion y eran por sí mismas enteramente válidas (*in se plenissimam habent firmitatem*. Instit., § 2, eod.)

Revocacion de las donaciones entre vivos.—Tres son las causas de revocacion de las donaciones entre vivos: el incumplimiento de las condiciones, la ingratitud y la supervenencia de hijos.

1º *Revocacion por causa de incumplimiento de las condiciones.*—Cuando el donatario no cumple las cargas con que se le otorgó la donacion, el donante puede acudir, segun prefiera, á uno de los dos medios siguientes: Pedir que se revoque la donacion y recuperar la cosa que hubiese donado si existe todavia, ó exigir el pago de su valor si hubiese ya perecido por culpa del donatario; ó dejar subsistente la donacion y perseguir el cumplimiento de las condiciones por la accion *præscriptis verbis*.

2º *Revocacion por causa de ingratitud.*—Primitivamente sólo se aplicaba esta causa de revocacion en las relaciones entre patronos y libertos (*Frag. Vatic.*, § 272). Constantino la hizo extensiva más adelante á las donaciones otorgadas por los ascendientes á sus descendientes, y Justiniano á todas las donaciones indistintamente. (L. 10, C., *De revocat, donat.*, lib. VIII, tít. LVI.)

Hechos que constituyen ingratitud.—Estos hechos se determinan *limitadamente* (*certis ex causis*) en una constitucion de Justiniano. Tales son, las injurias graves, los actos de

violencia contra la persona del donante, los perjuicios importantes inferidos á sus bienes, los atentados contra su vida. (Instit., § 2, eod.)

Diferencias entre la revocacion por causa de incumplimiento de las condiciones y por causa de ingratitud. —En virtud de la revocacion por causa de incumplimiento de las cargas impuestas, la donacion queda extinguida retroactivamente, de suerte que se considera como si nunca hubiese existido. Por esto puede acudirse contra los terceros que hayan contratado con el donatario de igual manera que contra el donatario mismo. Por el contrario, la revocacion que se funda en la ingratitud no tiene fuerza retroactiva; el donatario ha sido, en realidad, propietario de los bienes que se le donaron, hasta el momento de la revocacion; sólo deja de serlo para lo sucesivo, de modo que los derechos constituidos por el donatario subsisten válidos y eficaces á favor de los terceros que del mismo los adquirieron. 2° La accion revocatoria por incumplimiento de las condiciones corresponde á los herederos del donante como á este mismo; y vice-versa puede dirigirse contra los herederos del donatario de igual manera que contra este (1). La accion revocatoria por ingratitud es personalmente propia del donante, y sólo se trasmite á sus herederos cuando aquél ántes de morir habia manifestado, entablando una demanda, su intencion de dirigirse contra el donatario. Por otra parte sólo puede hacerse valer contra el mismo donatario y no contra sus herederos. (L. 7, C., *De revoc. donat.*, lib. VIII, tít. LVI.)

3° *Revocacion por superveniencia de hijos.*—Esta causa de revocacion se limita especialmente á las relaciones entre patronos y libertos, de modo que no se aplica á los demás casos. (L. 8, C., eod.) (2).

II. *Donacion por causa de muerte.*

Definicion.—La donacion por causa de muerte es una liberalidad concedida por una persona previendo la muerte (sea

---

(1) Sic. Savigny, *System.*, t. IV, p. 234; Goudsmit, *Cours des Pand.*, traducido del neerlandés por Vuylsteke, § 71, p. 196. nota 2ª, *in fine*.

(2) Este punto, que hoy no se discute ya, ha sido en otro tiempo muy debatido. —V. Van Wetter, t. II, § 249, p. 61, nota 14.

que dicha persona se halle ó no expuesta á un peligro determinado), liberalidad de ordinario revocable á voluntad del donante y necesariamente caducada por la premoriencia del donatario. Lo que forma el carácter importante y esencial de esta liberalidad es la condicion de premoriencia del donante. No cabe pactar que haya de ser válida la donacion, á pesar de sobrevivir el donante; en tal caso la donacion por causa de muerte seria nula como tal, pero valdria como donacion entre vivos (1).

Distintas modalidades que pueden añadirse á la donacion por causa de muerte.—La donacion por causa de muerte puede hacerse: 1º en prevision de la muerte del donante de cualquier modo y en cualquiera época que tenga lugar; 2º en vista de una circunstancia préviamente determinada ó de un peligro especial; 3º bajo condicion suspensiva; 4º bajo condicion resolutoria.

Semejanzas entre la donacion por causa de muerte y el legado.—Las instituciones dicen que la donacion *mortis causa* ofrece *casi* bajo todos conceptos grandes analogías con el legado (*constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur*). Así: 1º Las disposiciones de la ley *Furia testamentaria* y de la ley *Voconia*, se aplicaban lo mismo á las donaciones por causa de muerte que á los legados. (Gayo, C. II, §§ 225 y 226.) 2º La ley Falcidia, que primitivamente se referia sólo á los legados, se hizo extensiva á las donaciones por causa de muerte mediante una constitucion de Septimio Severo. (L. 2, C., *De mort. causa donat.*, lib. VIII, tít. LVII) (2). 3º Exigíase á los

---

(1) La donacion por causa de muerte se distingue además de la donacion entre vivos bajo otros aspectos; así, en la época de Justiniano, la primera no está sujeta á la formalidad de la insinuacion que se imponia á las donaciones entre vivos cuando excedian de quinientos sólidos; bastaba que se hiciera en presencia de cinco testigos. (L. 4, C., *De mort. caus. donat.*, lib. VIII, tít. LVII).—En el derecho clásico la ley *Cincia* no tiene aplicacion á la donacion por causa de muerte. Estos dos primeros puntos, sin embargo, han dado lugar á grandes controversias entre los modernos intérpretes del Derecho romano (V. Maynz, t. III, § 532, p. 680, texto y nota 14; Accarias, t. I, nº 307, p. 722, texto y nota 1ª).—Por último, la donacion por causa de muerte no se prohibe entre los cónyuges. (L. 9, § 2, D., *De donat. inter. vir. et ux.*, lib. XXIV, tít. I.)

(2) Véase, acerca de la aplicacion de la cuarta Falcidia á las donaciones *mortis causa*, y sobre la explicacion de la Const. 2, C., *De mort. causa donat.*, M. Glasson, *Rev. crit. de légis.*, t. XXXVI, p. 61 y sig.

que recibian donaciones *mortis causa* la *factio testamenti*, y un senado-consulto cuya fecha se ignora, extendió las disposiciones de las leyes *Julia* y *Papia Poppæa* respecto al *jus capiendi*, á las donaciones por causa de muerte. (LL. 9, 35, 37, D., *De mort. causa donat.*, lib. XXXIX, tít. VI.) 4º Justiniano (L. 1, C., *De cad. toll.*, lib. VI, tít. LI), declara que serán en lo sucesivo aplicables á las donaciones *mortis causa* los principios que respecto á los legados regulan el derecho de acrecer. 5º Las donaciones *mortis causa*, como los legados, sólo pueden cumplirse cuando quedan bienes en la herencia del difunto despues de satisfechas íntegramente sus deudas. (L. 73, §§ 5, 17, D., *Ad leg. Falc.*, lib. XXXV, tít. II.) 6º El donatario que ha recibido por causa de muerte puede quedar gravado de fideicomiso como el legatario. (L. 77, § 1. D., *De leg.*, lib. II, título XIX.) 7º La obligacion de prestar caucion al heredero corresponde lo mismo al donatario por causa de muerte que al legatario de un usufructo. (L. 1, § 2, D., *Quemadmod. usuf. cav.*, líb. VII, tít. IX.) 8º Las reglas de la caucion Muciana, primitivamente propias de los legados, se aplicaron despues de Justiniano á las donaciones *mortis causa*. (Nov. XXII, cap. XLIV,) 9º El *filius familias*, despues de Justiniano, pudo hacer donaciones *mortis causa*, como legados, de su peculio *castrense* y del *quasi castrense*. (L. 15, D., *De mort. causa donat.*, lib. XXXIX, tít. VI.) 10º Las donaciones *mortis causa*, como los legados, se hallan permitidos entre los cónyuges. (L. 5, § 16, D., *De donat. inter vir. et ux.*, lib. XXIV, tít. I.) 11º Las donaciones por causa de muerte se invalidan por iguales motivos que los legados. 12º Finalmente, la donacion *mortis causa* y los legados que sean nulos como tales, valdrian como fideicomisos. (L. 18, § 2, L. 28, D., *De mort. causa donat.*, lib. XXXIX, título VI.)

Diferencias entre la donacion mortis causa y el legado.—1º La donacion *mortis causa* constituye siempre un acto bilateral y exige de necesidad el concurso de dos voluntades, la del donante y la del favorecido (1). El legado, por el

(1) Véase, en este sentido, Lauterbach, *Collegium theorico-practicum*, h. t., nº 6; Ortolan, *Expl. hist. des Instit.*, t. II, nº 560; Namur, *Cours d'Instit.* (2ª edic.), t. II,

contrario, nace de la mera voluntad del testador. 2° Aun en la época de Justiniano, la donacion *mortis causa* no transfiere la propiedad si no media un acto de tradicion (1). El legado, por el contrario, se clasifica entre los modos de adquirir la propiedad; en el antiguo derecho traspasa por sí mismo el *dominium* si se hace *per vindicationem*, y en tiempo de Justiniano, siempre que la transmision sea posible. 3° La donacion por causa de muerte no depende del testamento, del cual no forma parte integrante; sea cual fuere la suerte de este último, la donacion conserva su validez haya ó no haya heredero. El legado sigue las mismas vicisitudes que afectan al testamento, al cual va estrechamente unido, y no produce ningun efecto cuando el testador no deja heredero. 4° En el derecho clásico no podian hacerse legados fuera de testamento, al paso que la donacion por causa de muerte tenia validez áun cuando el donante hubiese fallecido *intestado*. (L. 25, *pr.*, D., *De mort. caus. donat.*, lib. XXXIX, tít. VI). Pero en la época de Justiniano desapareció esta diferencia por haberse asimilado los legados á los fideicomisos, puesto que siempre se habia permitido que se gravase de fideicomiso al heredero *ab intestato*. (Gayo, C. II, § 270). 5° El que intenta la *querela inofficiosi testamenti*, pierde el beneficio del legado hecho á su favor, pero conserva en toda su integridad la donacion por causa de muerte (L. 5, § 17, D. *De his quæ ut indign.*, lib. XXXIV, título IX). 6° La donacion *mortis causa* consistente en rentas anuales, no es más que una sola liberalidad, mientras que el legado de dichas rentas se descompone en tantos legados distintos cuantos son los años que se disfruta. (L. 25, § 7 D., *De mort. causa donat.*, lib. XXXIX, tít. VI). 7° El *filius familias* con el consentimiento del *pater familias*, puede otorgar una donacion *mortis causa* de los bienes de su peculio profecticio, pero no puede hacer un legado. Lo mismo cabe decir de los demás peculios. (L. 25, D., *eod.*) 8° El donante por causa de

---

§ 465, p. 265; Vant Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 371, p. 422, y Maynz, *Cours. de dr. rom.*, t. III, § 532, p. 683.—*Contrá*, Glasson, *Rev. crit. de legisl.*, tomo XXXIV, p. 53.

(1) *Sic.* Glasson, ob. cit., p. 256; Accarias (2ª edic.), t. I, nº 308, p. 725, texto y nota 2.—*Contrá*, Ortolan, ob. cit, nº 563; Van Weter, loc. cit., p. 423; Maynz, loc. cit., p. 684.

muerte puede renunciar al derecho de revocar su liberalidad, porque este derecho es propio de la *naturaleza*, pero no de la *esencia* de la donacion por causa de muerte (1). Por el contrario, careceria de todo efecto la renuncia que hiciese un testador del derecho de revocar un legado contenido en un testamento.

III. *Donacion entre los cónyuges.*

Prohibicion de las donaciones entre los cónyuges (2). —*En la época de la República* estaban prohibidas las donaciones entre marido y mujer. Nótese que sólo debemos referir esta prohibicion á los matrimonios legítimos, en los cuales el marido no tenia la *manus* sobre la mujer. No teniendo nada propio la mujer *in manu*, no podia concebirse que otorgase una donacion á favor de su marido; y por otro lado, seria igualmente imposible por parte del marido respecto á la mujer que tenia *in manu* porque con esto se haria donacion á sí mismo.

Sancion de esta prohibicion.—La sancion consistia en la nulidad radical y absoluta (*ipso jure nihil valet quod actum est.* L. 3, § 10, D., *De donat. int. vir. et ux.*, lib. XXIV, tít. I.)

Excepciones á dicha prohibicion.—Ciertas donaciones no se hallaban sujetas á la regla general, y producian todos sus efectos áun otorgados entre marido y mujer. Ejemplo: las donaciones de rentas; un cónyuge podia donar al otro los rendimientos producidos por sus bienes. Tambien participaba del

---

(1) Cuestion es esta vivamente debatida.—V., de conformidad con nuestra opinion, Cuyas, sobre el tít. LVI, lib. VIII del Código; Donneau, *Comm juris civilis*, libro XIV, cap. XXXIII, nº 9; Ant. Faber, dec. 45, err. 1.—V. tambien Glasson, *Rev. crit. de législ.*, t. XXXV, p. 452; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 330; Van Wetter *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 371, p. 421; Namur, *Cours d'Instit* (2ª edic.), § 464, p. 263; Maynz, *Cours. de dr. rom.*, t. III, § 532, p. 682. Tal es todavia la doctrina enseñada por Demangeat y Labbé *á leurs cours*.—En opuesto sentido, véase Noel, *ad Pand.*, 36, 6, 1; Mackeldey, *Lehrbuch*, § 541: Schweppe, § 845. Segun estos romanistas, el derecho de revocacion debió ser de esencia en la donacion por causa de muerte, y en el caso de que este derecho se hubiese renunciado por una cláusula formal, se tendrá, no una verdadera donacion *mortis causa*, sino una donacion *inter vivos*, sujeta á una condicion especial.—V., en este sentido, Pellat, *Text. choisis des Pand.*, *Donat. á cause de mort*, p. 155: Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edicion), t. I, nº 307, p. 724, texto y nota 1ª.

(2) V., acerca de esta materia, Pellat, *Textes sur la dot*: Machelard, *Textes de dr. rom.*, 3ª part., *sur les donations entre époux.*, p. 191 y sig.

mismo privilegio las donaciones *exilii causa* (L. 43, D., *eod.*), y las *divortii causa* (L. 11, § 11, D., *eod.*), y las *mortis causa* (L. 10, D., *eod.*) (1).

En la época del Imperio se introdujeron nuevos principios. Un Senado-Consulto (2) resolvió que se confirmase cualquiera donacion entre los esposos, si el donante premoria al donatario sin haber revocado la liberalidad (*Fas esse, dum quidem qui donavit pœnitere; heredem vero eripere, forsitan adversum voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse.* L. 32, *pr.* y § 2, D., *eod.*) No se distinguia entre las donaciones que se realizaban, de un lado, por tradicion ó por enajenacion de las cosas, y aquellas que tenian lugar, de otro lado, por promesa (ú obligacion) y por remision de deuda. Todas las donaciones entre cónyuges, participaban del beneficio concedido por el Senado-Consulto (3).

IV. *De la dote.*

Definicion.—La dote es el conjunto de los bienes dados al marido, ya por la mujer, por sus padres ó por otra persona extraña, para sostener las cargas del matrimonio (*ad ferenda matrimonii onera*) (4).—Debemos advertir que la dote supone matrimonio sin *manus* (5).

---

(1) *Sic.*, Machelard, *Text sur les donat. entre époux*, 3ª part., § 1, p. 204 y 205: Maynz, *Cours de dr. rom.* (3ª edic,), t. III, § 401, p. 55, texto y nota 15.—Sin embargo, algunos romanistas alemanes han censurado esta proposicion por su generalidad.—V. principalmente Savigny, *Tr. de dr. rom.*, traduc. de Guenoux, t. IV, § 165, nota C., p. 200.

(2) Los textos atribuyen este senado-consulto ya á Septimio Severo, ya á su hijo Caracalla, ya á los dos juntamente. Por esto se ha podido suponer que habia dos senado-consultos referentes al mismo punto. No tenemos por admisible semejante dualidad. Sólo se ha dado un senado-consulto hácia el año 206 de Jesucristo (año 959 de U. C.), bajo el reinado de Septimio Severo, cuando ya su hijo Caracalla estaba asociado al Imperio. *Sic.* Savigny, *System.*, t. IV, § 164, p. 183 y sig.: Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 90.

(3) Esta cuestion, sin embargo, se ha debatido mucho. —V., conforme con nuestra opinion, Savigny, *loc. cit.*: Keller, *Pand.*, § 405, g: Van Wetter, t. II, § 292, p. 169: Boissonade, *ubi supra*, p. 92 y sig.—*Contrá*, Thibaut, *System.*, t. I, § 328, nº 1, Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 225, anm. 2: Namur, *Cours. d'Instit.* (2ª edic.), t. II, § 486, p. 288: Mynz, *Cours. de dr. rom.*, t. III, § 401, p. 56, nota 23.

(4) Consúltese sobre la materia, Pellat, *Textes sur la dot*: Demangeat, *De la condition du fonds dotal*: Gide, *Caractère de la dot*; Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux surviv.*, p. 38 y sig

(5) V., sin embargo, Gide, op. cit., p. 23 y sig.

Modos de constitucion.—La dote se constituye: 1° Por los modos empleados en el derecho comun para la transmision de la propiedad. 2° Por un modo especial, la *dictio dotis*, que sólo podia ser empleado en casos particulares y por determinadas personas. Desapareció de la legislacion romana este modo en tiempo de Teodosio II y Valentiniano III. (L. 6, C., *De dot. promiss. et nud. pollicit.*, lib. V, tít. XI) (1).

La dote puede constituirse ántes ó durante el matrimonio (*aut antecedit aut sequitur matrimonium dos*).

Cuando la constitucion de la dote *antecedit matrimonium*, siempre se considerará hecha bajo condicion de matrimonio (*nuptiarum expectat adventum*, Paulo, *Sent.*, lib. II, tít. XXI, C., § 1).

Diferencias entre la constitucion de dote y la donacion.—1ª Durante la época en que se hallaba prohibida la donacion entre los esposos, se permitia la constitucion de dote áun despues de realizado el matrimonio. 2ª Más tarde, ya en el último estado del derecho, aunque se consintieran las donaciones entre cónyuges, era preciso cumplir las formalidades de la *insinuacion*, mientras que la constitucion de dote quedó siempre dispensada de semejante publicidad.

Influencia de la disolucion del matrimonio sobre la dote.—La dote es una propiedad del marido; sin embargo, deberá ser restituida á la mujer cuando ésta sobrevive al matrimonio. Así, cuando éste se disuelve por el divorcio ó por la premoriencia del marido, la mujer recobra los bienes dotales que le servirán para contraer una nueva union. ¿Qué se resolverá cuando el matrimonio se disuelve *por muerte de la mujer?* Preciso es distinguir dos épocas. *Antes de Justiniano*, el marido retiene la dote (*lucro marito cedit dos*), salvas dos excepciones: 1ª Si la dote fué constituida por el padre de familia ó por el ascendiente paterno de la mujer; cuando ésta muere durante el matrimonio, se restituyen los bienes al constituyente (*ne filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret.*) La dote que proviene del padre ó del abuelo paterno, se llama dote *profec-*

---

(1) Para más detalles sobre la *distio dotis*, remitimos al lector al lib. III, tít. XV

ticia (profectitia), en oposicion á la dote *adventicia (adventitia)* que será la constituida por cualquiera otra persona que no sea el padre ó abuelo paterno, como v. g., por la misma mujer con sus propios bienes ó por cualquier tercero. (Ulpiano, Reg., tít. VI, § 3.) 2ª Si al tiempo de su constitucion la dote ha sido materia de un pacto especial en cuya virtud el marido se haya obligado á restituirla cuando quiera que se disuelva el matrimonio, no retendrá el marido la dote, sino que deberá entregarla á los herederos de la mujer. En este caso, la dote se llamará más especialmente *recepticia (receptitia.)* (Ulpiano, Reg., § 5, eod.)—*En tiempo de Justiniano*, el marido no conserva en ningun caso la dote. Disuélvase como quiera el matrimonio, la dote se restituye á la mujer, si sobrevive, ó á sus herederos. (L. 1, §§ 6, 13, C., lib. V, tít. XIII) (1).

V. *Donacion por causa de nupcias.*

Definicion.—La donacion por causa de nupcias (*propter nuptias ó ante nuptias*), es aquella que hace á la mujer, en vista del matrimonio, su futuro marido ú otra persona cualquiera.

Esta donacion se comenzó á poner en uso en la época de los emperadores cristianos (2) por analogía y como una compensacion de la dote. (Instit., § 3, lib. II, tít. VII.)

Semejanzas entre la donacion por causa de nupcias y la dote.—1ª La donacion por causa de nupcias se halla destinada, lo mismo que la dote, á sostener las cargas del matrimonio. 2ª Si el marido *vergit ad inopiam* la mujer al obtener la restitucion de su dote, se ve inmitida en la posesion de los bienes componentes la donacion *propter nuptias*. 3ª De igual manera que pierde su dote la mujer que provoca el divorcio, pierde tambien el marido, en semejante caso, la donacion

(1) Estas noticias deben completarse con las referentes á la enajenacion de los inmuebles dotales, *infra*, tit. VIII, p. 217 y 218, y á la accion para la restitucion de la dote, *infra*, lib. IV, tit. VI.

(2) Ya en la época clásica encontramos una especie de liberalidad anterior al matrimonio, ó sea entre desposados (*sponsalitia donatio*), que ofrece algunas analogías con la donacion *propter nuptias* de los Emperadores cristianos.—V. Boissonade, *Hist. des dr.ˢ de l'époux survivant*, p. 50 y sig.

propter nuptias. (L. 8, §§ 4, 7, C., *De repud. et judic. de morib. subl.*, lib. V, tít. XVII.) 4ª Segun Justiniano, al disolverse la union conyugal, se devuelve la dote á la mujer ó á sus herederos; y asimismo la donacion *propter nuptias* debe restituirse, disuelto el matrimonio, al marido ó á sus herederos. 5ª Cuando se concede al marido para el caso de sobrevivencia alguna participacion en la dote, el marido concederá á la mujer un provecho de igual valor sobre la entidad de la donacion *propter nuptias*. 6ª De la propia suerte que la dote puede constituirse ó aumentarse durante el matrimonio, así tambien, á partir de Justiniano, la donacion *propter nuptias* pudo ser constituida y aumentada *post nuptias celebratas*. (Instit., § 3, eod.)

TITULO VIII.

¿Qué personas pueden y cuáles no pueden enajenar?

En principio, sólo aquel que es propietario puede enajenar. Esta regla tiene dos excepciones: unas veces siendo uno propietario no podrá enajenar, y otras podrá enajenar el que no es propietario. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. VIII.)

I. *De aquellos que siendo propietarios no tienen derecho á enajenar la cosa que les pertenece.*

El marido.—El marido es propietario de los inmuebles *dotales* (1) de la mujer, y, sin embargo, segun la ley Julia promulgada en tiempo de Augusto, no tiene la facultad de enajenar los *prædia dotalia* sin el consentimiento de aquélla (*invita uxore*). Es nula toda enajenacion que haga el marido contraviniendo á esta ley; y la mujer conserva el derecho de reivindicar contra el adquisidor (2). La prohibicion de enajenar comprende tambien la de gravar el inmueble con servi-

(1) V. relativamente á los pormenores de la dote, suprá, tít. VII, p. 214 y sig.
(2) Comp. Gide, *Du caractère de la dot*, p. 47 y sig.

dumbres.—Observemos, sin embargo, que si los inmuebles dotales fueron estimados al tiempo de su aportacion, el marido podrá enajenarlos sin prévio consentimiento de la mujer, á ménos de haberse otra cosa estipulado.

Las instituciones (*pr.*, eod.) dicen que la ley Julia prohibia al marido *hipotecar* los inmuebles dotales *áun con el consentimiento* de la mujer (*etiam volente*). Creyóse que debia prohibirse la hipoteca más rigorosamente que la enajenacion cuya consecuencia es la pérdida actual é irrevocable de la propiedad.

La hipoteca, por el contrario, no despoja de momento al dueño que la impone sobre su inmueble; sus efectos se refieren al porvenir, y sólo al caso en que no fuese pagada la cantidad debida; la mujer, por lo tanto, no se atreve á privar á su marido de un medio de crédito que á ella parece afectarle poco, y por esto era preciso protejerla contra su propia debilidad (1).

La prohibicion de la ley Julia sólo se aplicaba á los inmuebles situados en Italia y no á los fundos provinciales. (Instit., *pr.*, eod.)

Justiniano modificó el sistema de la ley Julia bajo dos conceptos:

1° Hizo desaparecer la diferencia entre la enajenacion y la hipoteca, y resolvió que el marido no pudiese ni enajenar ni hipotecar el fundo dotal, aunque para ello le autorizase la mujer (*neque consentientibus mulieribus*).

2° Aplicó las reglas de la ley Julia á los fundos provinciales lo mismo que á los fundos itálicos (Instit., *pr.*, eod.) (2).

El pupilo.—El pupilo, áun siendo propietario, no tiene facultad de enajenar. Las instituciones presentan tres aplicaciones de esta regla:

Primera aplicacion.—El pupilo, sin autorizacion de su tu-

---

(1) Segun Demangeat, debe ser inexacto lo que afirman las Instit., de modo que no resultaria de la ley Julia la prohibicion de hipotecar el fundo dotal áun con el consentimiento de la mujer, sino que se hubiera establecido posteriormente. *De la condition du fonds dotal en droit romain.*, p. 210 y sig.; *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 574.—Comp. Accarias, t. I, n° 314, p. 740 y sig.

(2) Ya en tiempo de Gayo (C. II, § 63), se dudaba si debia ó no aplicarse á los fundos provinciales. Demangeat, *De la condit. du fonds dot.*, ps. 210 y 211.

tor, no puede hacer un préstamo ni dar en *mutuum*, porque realmente cuando se da en *mutuum* se verifica una traslacion de propiedad.

El pupilo, sin la *auctoritas tutoris*, no puede hacer peor su condicion, y es hacerla peor separar cosas de su patrimonio. De donde se sigue que el pupilo no ha podido transferir la propiedad de las monedas á aquel que del mismo las haya recibido en mútuo (*non contrahit obligationem*). El *mutuum* no se ha realizado por no haber enajenacion. Como el pupilo no pierde la propiedad del dinero, puede dirigirse por la accion reivindicativa contra el que le tomó prestado, pero bajo una condicion: y es que las monedas conserven todavía su individualidad distinta (*vindicari possunt sicubi extent.* Instit., § 2, eod.)

Si el mutuatario empleó ya las monedas de modo que se hiciese imposible reconocerlas individualmente, no habrá lugar á la accion reivindicativa, pero tendrá el pupilo, segun las circunstancias, otras dos acciones contra el mutuatario:

1ª Si el dinero fué invertido de *buena fé*, el pupilo accionará por la *condictio certi*, esto es, por una accion personal dirigida á obtener del mutuatario el resarcimiento de una cantidad igual á la que le fué entregada.

2ª Si el dinero se ha gastado de *mala fé*, tendrá el pupilo la accion *ad exhibendum*, con el fin de compeler al mutuatario á que presente las monedas que se le dieron en mútuo. La accion *ad exhibendum* producia un efecto más importante que la *condictio certi*, cual era que generalmente concedia al pupilo los daños y perjuicios por la privacion temporal que de su dinero habia experimentado. (Instit., § 2, eod.)

Segunda aplicacion.—Supongamos que el pupilo es acreedor y que recibe un pago de su deudor (*si pupillo debitor solvat*). El pupilo, para adquirir, no necesita estar autorizado por su tutor; se hará, pues, propietario de la cantidad que perciba. Pero esta apropiacion, ¿trae consigo la consecuencia de librar al deudor de la deuda? No, porque no puede el pupilo enajenar cosa alguna *sine auctoritate tutoris*, y no deja de ser nunca acreedor.

¿Pero podrá el pupilo en todos los casos exigir al deudor un segundo pago? Conviene distinguir:

1º El deudor no estará obligado á pagar por segunda vez si el pupilo ha obtenido un provecho del primer pago. Ejemplo: el pupilo ha empleado la cantidad que le devolvió su deudor en satisfacer á uno de sus acreedores ó en la compra de un inmueble. En este caso, el deudor podrá oponer al pupilo una excepcion de *dolo* en cuanto al montante de la cantidad que hubiese ya empleado.

2º El deudor estará obligado á pagar por segunda vez, si el pupilo no se aprovechó del pago irregular. Ejemplo: cuando el pupilo ha gastado en vanas prodigalidades la cantidad recibida de su deudor. (Gayo, C. II, §§ 83, 84.)

Conviene observar que ni áun el deudor que ha pagado al pupilo *con autorizacion de su tutor* obtiene una completa seguridad. En efecto; si el tutor llegase á ser insolvente, el pretor, por medio de una *restitutio in integrum*, puede hacer que reaparezca en provecho del pupilo el antiguo crédito; el deudor se verá precisado á pagar por segunda vez.—Justiniano ha innovado en este punto, resolviendo que tendrá el deudor plena seguridad (*plenissima securitas*) cuando haya pagado al pupilo asistido de su tutor, y con la prévia autorizacion del magistrado. El pago que, mediante tales condiciones se hiciere, dejará irrevocablemente libre al deudor. (Instit., § 2, eod.)

Tercera aplicacion.—Cuando el pupilo es deudor, no puede pagar válidamente á su acreedor puesto que no puede enajenar (*sine tutore auctore solvere non potest*). Aquí tienen aplicacion las mismas reglas que acabamos de dar relativamente á las cosas que el pupilo hubiese dado en *mutuum*.

El menor de veinticinco años, el pródigo y el loco.—El menor, aunque se halla bajo curatela, el pródigo ó el loco, apesar de ser propietarios, están incapacitados de enajenar.

II. *De aquellos que sin ser propietarios tienen el derecho de enajenar la cosa que no les pertenece.*

Del acreedor con prenda.—Llámase prenda el objeto entregado por el deudor á su acreedor en garantía de su crédito, con la obligacion de que se le devuelva en el momento del pago. La legislacion romana sufrió en esta materia varias modificaciones.

1º Segun el derecho clásico, el acreedor, por medio de una mancipacion ó de la tradicion, se hacia propietario de la cosa que le fué dada en prenda; bien que mediante un pacto de fiducia se obligaba á restituir la propiedad al deudor cuando le satisfaciese su crédito. No habia, pues, en este caso, excepcion ninguna á la regla que ántes hemos dado, porque el acreedor pignoraticio gozaba, en virtud de sus derechos de propietario, de la facultad de enajenar. (Gayo, C. II, §§ 59 y 60.)

2º Más adelante ya el acreedor no se hizo propietario de la cosa dada en prenda; detentábala en lugar del deudor, pero éste conservaba siempre la propiedad. Las partes podian, sin embargo, añadir al contrato de *pignus*, un pacto á tenor de cuyos términos el acreedor quedase autorizado para vender ó enajenar la prenda si la deuda no era pagada á su vencimiento. (Gayo, C. II, § 64.) Este pacto llegó á ser tan general que pronto no hubo ya precision de consignarlo expresamente, sino que se daba por sobre entendido en todo contrato de prenda. (L. 4, D., *De pignerat. act.*, lib. XIII, tít. VII.) Ultimamente, acabó por ser de la esencia misma del contrato de prenda; de tal suerte que á pesar de la cláusula que privaba al acreedor del *jus distraendi*, podia este vender la prenda con la sola condicion de anunciar al deudor la venta previamente por tres veces consecutivas. Hé aquí (y esta es la excepcion que debiamos hacer notar), como el acreedor pignoraticio puede vender ó enajenar una cosa cuya propiedad no le corresponde (1).

Del curador agnado de un mentecato.—Este curador, segun una disposicion de la ley de las Doce Tablas, puede vender los bienes que integran el patrimonio de su pupilo. (Gayo, C. II, § 64.)

No cabe decir con seguridad otro tanto relativamente al tutor ó curador que no fuese agnado del incapaz.

---

(1) Véase acerca del contrato de *pignus* y sobre la hipoteca, *infrá*, lib. III, titulo XIV, y lib. IV, tit. VI.

TITULO IX.

Por qué personas se adquiere.

Conviene distinguir en este punto la adquisicion de la propiedad y la de la posesion.

I. *Adquisicion de la propiedad.*

Una persona puede adquirir no solo por sí misma, sino tambien por medio de terceros que se hallen sometidos á su potestad (*per eos quos in potestate habetis*); esta adquisicion es necesaria y forzosa y aprovecha al que ejerce la potestad, aunque lo ignore, y mal grado su voluntad (*vobis ignorantibus et invitis*). Consecuencia de tal principio es que no puede aquel que se halla bajo la potestad de otro, tener por sí mismo nada en propiedad (*qui in potestate nostra est nihil suum habere potest*). (Gayo, C. II, § 86; Instit., pr., lib. II, tít: IX.)

Así se puede adquirir:

Por los hijos de familia *in potestate patria;* por la mujer *in manu mariti;* por las personas libres *in mancipio;* por los esclavos *in dominica potestate;* por el hombre libre poseido como esclavo con justo título y buena fé, y por el siervo *in bonis.*

En la época de Justiniano no habia ya mujeres *in manu mariti* ni personas libres *in mancipio.*

Por los hijos de familia.

Segun las antiguas leyes todos los derechos adquiridos por un hijo aprovechaban al jefe de familia que tenia facultad de enajenarlos, venderlos y áun de traspasarlos á un extraño. (Instit., § 1, lib. II, tít. IX.) El establecimiento de los diversos peculios introdujo sucesivas restricciones á este principio (1), Cuatro eran estos peculios:

---

(1) No están de acuerdo los jurisconsultos romanos sobre la etimología de la palabra *peculium.*—Ulpiano (L. 5, § 3, D., *De pec.*, lib. XV, tit. I), pretende derivarla del adjetivo *pusillus*, ligero, insignificante, epíteto frecuentemente aplicado al peculio, sobre todo al principio. Varron (*De ling.*, *lat.*, XV, 95), la deriva de *pecus*, rebaño, porque consistia el peculio primitivamente en bueyes, ovejas, etc. Festo reproduce esta última etimología, que nos parece la más verosímil.

1º *Peculio profecticio.*—Es el peculio constituido por el padre de familia que concede á su hijo la administracion de una parte de su patrimonio. Pero la separacion de este peculio del patrimonio paterno solo tiene lugar de hecho, pues el padre puede á cada momento hacerla desaparecer por un acto de su voluntad. Los bienes componentes dicho peculio continúan siendo siempre, de derecho, propiedad del padre; á su muerte se repartirán entre todos los hijos, al mismo tiempo que los demás bienes de la herencia paterna, y pueden apoderarse de ellos los acreedores del padre. Sin embargo, en virtud de una constitucion del emperador Claudio, citada por Ulpiano, (L. 3, § 4, D., *De minor. vigint. quinq. ann.*, lib. IV, tít. IV), el peculio *profecticio* debe separarse del patrimonio paterno cuando éste queda confiscado por el Estado.

2º *Peculio castrense* (*peculium castrense*).—Este peculio que al parecer proviene de la época de Augusto, comprende todo lo que un hijo de família adquiere con ocasion del servicio militar. El hijo de familia tiene la plena propiedad de los bienes que constituyen el peculio *castrènse;* con respecto á estos bienes se le reputa padre de familia (*vice patris familias*). Puede disponer de los mismos, ya sea por actos entre vivos, á título gratuito ú oneroso, ya sea por testamento. (L. 4, § 1, L. 5, D., *De castr. pec.*, lib. XLIX, tít. XVII,)

3º Peculio *cuasi-castrense.*—Este peculio tiene su orígen bajo el imperio de Constantino (1). Al principio lo constituian las adquisiciones hechas por los hijos de familia con motivo de ciertos cargos ejercidos en la corte del emperador (*palatini principis*) (L. 1, C., *De castr. omn. palat. pec.*, lib. XII, título XXXI.) En lo sucesivo quedaron asimilados los que servian al Estado en los ejércitos, á los que desempeñaban ciertos oficios en el palacio imperial. Algun tiempo despues Teodosio el jóven concedió á los letrados el beneficio de tener un peculio *cuasi-castrense;* Leon y Antemio lo extendieron á los obispos, presbíteros y diáconos, y por último, á los médicos del príncipe, á los profesores de artes liberales, á todos los que reciben

---

(1) Tal es por lo ménos la opinion de la mayor parte de los autores.—Segun M. M. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 235, y Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom*, t. II, § 311, p. 237, el orígen de este peculio debió remontarse al imperio de Adriano.

liberalidades del emperador ó de la emperatriz, ó gozan retribuciones del Estado, en virtud de nna constitucion de Justiniano. (L. 57, C., *De bon. quæ. lib.*, lib. LXI, tít. VI.)

Los derechos del hijo de familia sobre el peccalio *cuasi castrense*, son los mismos que los correspondientes al peculio *castrense*, con la salvedad de que antes de Justiniano el derecho de disponer por testamento del peculio cuasi castrense, pertenecia sólo á los que lo hubiesen obtenido por una concesion expresa, y Justiniano lo hizo general (L. 37, G., *De inffic. test.*, lib. III, tít. XXVIII.)

4º Peculio *adventicio* (1).—Preciso es buscar el orígen de este peculio en la legislacion de Constantino. Al principio constituian el peculio adventicio los bienes que el hijo de familia recogia en virtud de sucesion testamentaria ó *ab intestato* de su madre (L. 1, C., *De bon. matern.*, lib. VI, tít. LX), y extendióse más adelante, bajo el imperio de Arcadio y Honorio, á toda suerte de liberalidades, sucesion testamentaria, sucesion *ab intestato*, legados, fideicomisos y donaciones que el hijo recibe de un ascendiente materno (L. 2, C. *eod.*) Teodosio, y Valentiniano comprendieron tambien todo cuanto un cónyuge recibe del otro (L. 1, C., *eod.*) Leon y Antemio, añaden las donaciones hechas entre los desposados (L. 5, *eod.*) Por último, Justiniano incluyó todos aquellos bienes quo no proceden del padre; todo lo que, sin corresponder á los peculios *castrense* y *cuasi castrense,* no constituye, sin embargo, un peculio *profecticio* (Instit., § 1, lib. II, tít. IX.)

El hijo de familia tiene la nuda propiedad del peculio *adventicio*, cuyo usufructo pertenece al padre. Antes de Justiniano, el padre de familia al emancipar el hijo, podia retener el *tercio* del peculio *adventicio* en plena potestad. Justiniano sólo permitió que retuviese la *mitad* del usufructo (Instit., § 2, eod.) (2).

---

(1) La denominacion *peculio adventicio*, empleada por los comentaristas, no es romana. Los textos usan unas veces las palabras *bona materna* (L. 1, C., *De bon. matern.*, lib. VI, tít. LX), ya de la frase *bona quæ patri non adquiruntur* (LL. 1 y 6, C., *De bon. quæ liber.*, lib. VI, tít. LXI).

(2) En determinados casos el padre puede verse privado del usufructo de los bienes de los hijos; entónces, segun la frase de los comentaristas modernos, hay

ADQUISICION POR LOS ESCLAVOS.

Sobre un hombre esclavo puede tenerse ya propiedad plena y completa, ya una desmembracion del derecho de propiedad. Aquel que se halla ser nudo propietario de un esclavo, se aprovecha de todas las adquisiciones hechas por este esclavo incapaz de tener nada propio.

El esclavo perteneciente á *varios dueños*, adquiere para cada uno de ellos proporcionalmente al derecho que tenga en la propiedad del esclavo (*proportione dominica*). No tiene aplicacion esta regla, sin embargo, cuando la adquisicion se funda en motivo que se refiera especialmente á uno de los dueños. En tal caso la adquisicion aprovecha á un sólo dueño. (Gayo, C. III, § 167; L. 5, D., *De stipul. serv.*, lib. XLV, título III.)

El que tiene el *uso* de un esclavo (*jus utendi*) sólo puede adquirir por el esclavo lo que proceda *ex re sua*, como sucede, por ejemplo, cuando el esclavo ha vendido una cosa propia del usuario, en cuyo caso éste se aprovecha del precio, ó cuando el esclavo ha comprado una cosa con dinero del usuario, en cuyo caso este último se hace dueño de la cosa comprada.

El que tiene un esclavo en *usufructo* (*jus fruendi*) adquiere no solamente lo que proviene *ex re sua*, sino tambien lo qne *ex operis servi*; por ejemplo: el esclavo arrienda sus servicios á un tercero percibiendo un salario como precio de su trabajo; este salario es un fruto producido por el esclavo, y por lo tanto aprovechará al usufructuario (Gayo, C. II, § 91; Instit., § 4, lib. II, tít. IX.)

El que tiene un esclavo en *nuda propiedad* (*jus abutendi*), se aprovecha de todas las adquisiciones realizadas por el esclavo, cuando no tengan el carácter de frutos; tales son, por ejemplo, las donaciones y legados que se hicieren al esclavo

---

un *peculium adventitium irregulare* ó *extraordinarium*. Por ejemplo, 1° cuando una tercera persona entrega ó deja alguna cosa al hijo, bajo condicion expresa de que no tenga el padre el usufructo; 2°, cuando el hijo concurre con el padre á la sucesion intestada de un hermano ó hermana; 3°, cuando adquiere una herencia á pesar de su padre.

(Instit., § 4, *eod.*) Esta regla, sin embargo, sufre alguna excepcion. Supóngase, pues, que un esclavo ha recibido una donacion, no en obsequio á su dueño, sino al usufructuario, como sucederia, por ejemplo, si el donante fuese ascendiente del usufructuario. En este caso el legado corresponderia á este último, y de ningun modo al nudo propietario, con lo cual se respetará la voluntad del testador (LL. 21, 22, D., *De usuf.*, libro VII, tít. I.)

ADQUISICION POR EL HOMBRE LIBRE POSEIDO CON JUSTO TÍTULO Y BUENA FÉ COMO ESCLAVO Y POR EL ESCLAVO *in bonis*.

Cuando uno posee con justo título y buena fé un hombre libre creyéndolo esclavo, ó el esclavo ajeno, adquiere por este hombre libre ó por este esclavo ajeno todo lo que proviene *ex re sua* y *ex operis ejus*. Se asimila, pues, al usufructuario (Instit,, § 4, *eod.*)

Existe, sin embargo, una notable diferencia indicada por las Instituciones (*ibid.*) entre el usufructuario de un esclavo y el poseedor de buena fé del esclavo de otro. No puede usucapir el primero por dos motivos; ante todo, porque tiene la posesion, y en segundo lugar, porque le consta que el esclavo pertenece á otra persona. El segundo, por el contrario, puede llegar á ser propietario del esclavo ajeno en cuanto haya poseido por todo el tiempo de la usucapion.

¿Qué se dirá del hombre libre que no está sujeto á potestad ni poseido de buena fé como esclavo, y del esclavo ajeno poseido con mala fé? La propiedad no se puede adquirir por una persona libre, *sui juris*, que no esté bajo nuestra potestad, ni por el esclavo de otro que se posea de mala fé. Consecuencias son estas de un principio de derecho civil que impide al ciudadano romano hacerse representar por otra persona en un acto jurídico cualquiera, ya sea que se trate de una adquisicion, de una enajenacion ó de una obligacion (1).

Observaciones relativas á las adquisiciones por universalidad.—Aparte las adquisiciones á título singular, hay las que se

(1) Véase *infrà*, lib. IV, tit. VI.

llaman *por universalidad*. Así, por ejemplo: un hijo de familia ó un esclavo ha sido instituido heredero; el padre ó el dueño recogerán por mediacion del hijo ó del esclavo el beneficio de la institucion. Pero precisa observar que, en tal hipótesis, sólo se adquiere mediante consentimiento y por mandato del padre ó del señor, porque ya es un principio conocido el de que las personas sometidas á potestad ajena no pueden obligar para con los terceros á la persona bajo cuya potestad se hallan. Además, la adquisicion de la herencia lleva consigo la obligacion de liquidar las deudas del difunto (Instit., § 3, *eod.*)

El esclavo á quien se instituye legatario no necesita para aceptar el legado y hacerlo adquirir á su dueño, ni del consentimiento de éste ni de mandato especial porque dicha adquisicion no importa ninguna carga. (Instit., ibid.)

II. *Adquisicion de la posesion.*

No solo puede adquirirse la propiedad por medio de las personas sometidas á nuestra potestad, si que tambien puede adquirirse por ellas la *posesion*. (Instit., § 3, *in fine*). La posesion, como hemos dicho en otro lugar (*supra*, p. 197), se compone de dos elementos: el intencional (*animus*) y el material (*corpus*). La intencion, esto es, la voluntad de poseer como propietario, debe siempre concurrir en la persona que tiene la *potestas*. El hecho, esto es, la detentacion material de la cosa puede tener lugar en nuestro provecho por intermediacion de otra persona (*corpore vel nostro vel alieno*). Así cuando se dice que puede poseerse por otro, solo quiere significarse que otro puede realizar en nuestro lugar y nombre el hecho de la material detentacion de la cosa (1). (L. 3, § 12, D., *De adq. vel am. poss*,, lib. XLI, tít. II.)

De los antecedentes principios se derivan las siguientes consecuencias:

1ª La posesion no puede adquirirse como la propiedad, *contra la voluntad* del padre de familia ó del dueño.

---

(1) Consúlt. Machelard, *Text. de dr. rom.*, 1ª part. *sobre la posesion*, p. 22 y sig.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 167, p. 517, 3ª edic.; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 83, ps. 307 y sig.

2ª Tampoco puede adquirirse *sin su conocimiento* (*alieno animo*). Háse admitido sin embargo, muy oportunamente una excepcion á esta última regla. Aquel que concede un peculio á su hijo ó á su esclavo viene á ser, áun ignorándolo, poseedor de todas las cosas cuya posesion adquieran el hijo ó el esclavo durante todo el tiempo que dure la administracion del peculio. (L. 1, § 5, Dig., eod.) Con esto se ha querido evitar que el padre de familia ó el dueño debiesen estar contínuamente atentos á los actos que pudiesen realizar el hijo ó el esclavo puestos al frente de la administracion del peculio (*ne cogerentur domini per momenta especies et causas peculiorumn inquirere*). Pero esta excepcion tiene más parte de apariencia que de realidad porque al constituir el peculio el padre de familia ó el señor, han dado ya su aprobacion general desde un principio á todos los actos que puedan llevar á cabo en adelante el hijo ó el esclavo para aumentar el peculio (1).

El principio de que la posesion no puede adquirirse ignorándolo el poseedor y *alieno animo* hubo de sufrir una excepcion más notable cuando se admitió que el pupilo *infans* pudiese adquirir la posesion con el consentimiento de su tutor, *infans possidere recte potest.* (L. 32, § 2, eod.) Cierto es que el *infans* es incapaz de voluntad (*affectionem tenendi non habet*); y que por lo tanto, viene á ser poseedor sin tener el *animus domini.* En este caso falta completamente el *judicium infantis* y áun contra todos los principios, se halla sustituido por la *auctoritas.* Este quebrantamiento de los principios que rigen el *animus possidendi* y la *auctoritas tutoris* se halla justificado por la necesidad de permitir que el *infans* adquiera la posesion (2).

¿Por quién puede adquirirse la posesion?--Puede adquirirse la posesion por el hijo de familia, por el esclavo propio, por el esclavo ajeno poseido con buena fé, y por el esclavo tenido en usufructo. Sin embargo, en este último caso sólo se adquiere la posesion cuando proviene *ex duabus causis:—ex re sua,—et ex operis servi.* (Instit., § 4, lib. II, tít. IX.)

---

(1) Comp. Machelard, loc. cit., p. 50 y sig.
(2) V. Machelard, p. 54 y sig.

La posesion, á diferencia de la propiedad, se adquiere por medio de una persona libre, *sui juris*. Pero esta posesion puede muy bien llevar consigo por consecuencia la propiedad. (Instit., § 5, eod.) Nótese que se puede adquirir la posesion por una persona libre áun sin tener noticia del hecho. Así cuando se hace á una persona el encargo de recibir una determinada cosa, el mandante viene á ser poseedor desde aquel momento en que el mandatario ha recibido la cosa á su disposicion por más que aquel ignore cuál ha sido el preciso instante en que tuvo lugar la toma de posesion. (L. 1, C., *Pro empt.*, lib. VII, tít. XXXII.) Con todo, si no resulta la propiedad de la posesion, si es necesario usucapir, el tiempo de la usucapion sólo comienza á contarse desde que hubo conocimiento de la toma de posesion. (L. 47, D., *De usurp.* lib. XLI, tít. III.)

Puede acontecer que el tercero haya obrado *Sponte sua* y no en virtud de un mandato; en tal hipótesis la tradicion que se le haya hecho no conferirá al representado la posesion sino en tanto que este último se ratifique en ella (L. 42, § 1, D., *De negot. gest.*, lib. III, tít. V.)

TITULO X.

De los testamentos.

Despues de los modos de adquirir *á título particular* siguen los modos de adquirir *á título universal* (*per universitatem*). La más importante de dichas adquisiciones por universalidad es la que resulta de la sucesion en la herencia de una persona. (Instit., § 6, lib. II, tít. IX.)

Entiéndese por herencia el patrimonio de la persona fallecida, el conjunto de bienes y deudas á que la ley de las Doce Tablas llama *familia* (1).

---

(1) La palabra *familia* designaba más especialmente el conjunto de los esclavos comprendidos en un patrimonio. Aplicada á las personas la expresion *familia*, comprendia ya todos los descendientes de un autor comun (cognados), ya todas las personas unidas entre sí por el lazo de la agnacion (agnados).

La herencia se defiere: 1° por voluntad del testador; 2° por la ley. En el primer caso llámase *testamentaria,* en el segundo, *ab intestato.* (Instit., § 6, ibid.)

Definicion de la palabra testamento.—El testamento es un acto *solemne* y de *última voluntad* en virtud del cual una persona *dispone de su herencia.* (Ulpiano *Reg.*, tít. XX, § 1; L. 1, D., *Qui test. fac. pot.*, lib. XXVIII, tít. I.)

Un acto solemne (*solemniter facta justa sententia*), porque se requerian determinadas solemnidades para la validez del testamento.

De última voluntad, porque las disposiciones testamentarias sólo debian ser ejecutadas despues de la muerte del testador (*ut post mortem nostram valeat*).

En virtud del cual una persona dispone de su herencia; el nombramiento de un heredero, de una persona que será sucesor *in universum jus* y continuador de la persona del difunto, es, como dice Gayo, *caput et fundamentum totius testamenti.* Faltando la institucion de heredero carece de todo valor el testamento. Por otro lado es nula toda institucion de heredero que no se halle consignada en el testamento.

Etimología de la palabra TESTAMENTUM.—La que indica la Instituta (*testatio mentis*, testimonio de la voluntad), es la que generalmente se admite (*pr.*, lib. II, tít. X) (1).

FORMA DEL TESTAMENTO.

La forma del testamento ha variado segun la época.

I *Testamento calatis comitiis.—Testamento in procinctu.*—En el más primitivo estado del derecho romano el testamento se hacia bajo la forma de una ley (*uti legasiit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.*) El ciudadano romano manifestaba su voluntad en presencia del pueblo (*teste populo*), reunido en los comicios por curia (*calatis comitiis*). El pueblo daba su aprobacion.

---

(1) Segun opina Demangeat, t. I, p. 597, la palabra *testamentum* debió derivarse de *testatio*, *testari*, pero la desinencia *mentum* no tenia relacion ninguna con el sustantivo *mens*. El sábio profesor cita en apoyo de su opinion un texto de Aulo-Gelio. (Noches áticas, VI, 12).—Tal es tambien la opinion de Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 320, p. 754, nota 2.

Inconvenientes de esta forma de testar.

1° El testamento *calatis comitiis* sólo podia hacerse en Roma, porque sólo en la ciudad se reunian los comicios.

2° Este testamento, á lo menos en sus orígenes, constituia un privilegio de los patricios, porque sólo ellos tenian, con exclusion de los plebeyos, el derecho de concurrir á los comicios por curias.

3° Sólo dos veces al año era posible hacer esta clase de testamentos, puesto que sólo se convocaban bienalmente los comicios para el indicado objeto.

En la propia época se conocia, además del testamento *calatis comitiis,* el que se llamaba *in procinctu.* Era este un testamentato celebrado en tiempo de guerra.

El ciudadano romano manifestaba su voluntad en presencia del ejército antes de entrar en combate (*in prœlium exituri*). El ejército hacia en este caso las veces del pueblo (Gayo, C. II, § 101; Instit., § 1, lib. II, tít. X.)

II *Testamento per æs et libram.*—Los inconvenientes de los modos de testar anteriormente indicados, casi anulaban el derecho de testamentifaccion. Para evitarlos intentaron los Prudentes el testamento *per æs et libram* que no tardó en sustituir á los testamentos *calatis comitiis* é *in procinctu.* Segun aquél, vendia el ciudadano romano su herencia (*familiam suam*) con todas las formalidades ordinarias de la mancipacion, á la persona que hubiese designado por su heredero; y esta mancipacion debia celebrarse con el mismo heredero *directamente* y sin *intermediario* (Gayo, C. II, § 102;) (Instit., § 1, eod.)

Ventaja que de dicha forma resultaba.—Que podia utilizarse en todos tiempos.

Doble inconveniente.—1° El comprador (*familiæ emptor*) adquiria en virtud de la mancipacion un definitivo sobre la herencia, de suerte que no podia el testador alterar más tarde su voluntad.

2° No quedando secretas las disposiciones del testamento, habia motivo para temer que el heredero con el propósito de gozar más pronto de los bienes, atentara contra la vida del testador.

Precisaba, pues, introducir una modificacion, y por esto

no tardó en arraigarse la costumbre de no mancipar ya los bienes hereditarios al mismo que se quisiera instituir heredero, sino á un comprador ficticio. En virtud de un contrato de fiducia, el tercero se comprometia á restituir la herencia á la persona cuyo nombre se consignaba en un escrito que presentaba el testador manifestando contener su testamento. De suerte, que habia dos formalidades distintas: 1º La *mancipacion* de la herencia en favor de un comprador ficticio (*familiæ mancipatio*); 2º La *nuncupacion*, esto es, la declaracion solemne por la que confirmaba el testador todas las disposiciones escritas en las *tabulæ testamenti* (Gayo, C. II, §§ 103, 104; Ulpiano, Reg., tít. XX. § 9.)

III *Testamento nuncupativo.*—Este testamento consistia en una simple declaracion que hacia el testador de su voluntad en presencia de siete testigos. Dicho testamento era válido segun el derecho civil (Instit., § 14, lib. II, tít. X.)

Ventaja que resulta de esta forma.—Ofrece la posibilidad de testar á las personas que no saben escribir.

Doble inconveniente.—1º Confiado únicamente á la memoria de los testigos, tenia el testamento una existencia precaria é incierta como la memoria misma ó la vida de los testigos. 2º Y además, hacia preciso que el testador declarara públicamente el nombre del heredero, quien se hallaba desde aquel momento interesado en la muerte del testador.

IV. *Testamento de derecho pretoriano.*—El pretor no exigia ninguna mancipacion. Escribia el testador sus disposiciones testamentarias sobre unas pequeñas tablas que presentaba á los siete testigos, declarándoles que en ellas se contenia la designacion de un heredero y de las cargas que le imponia. Los siete testigos se limitaban á estampar sobre las *tabulæ testamenti* su respectivo sello (*signaculum annulum*) (Gayo, C. II, § 119; Instit., § 2, *eod.*) Todos los testigos podian emplear el mismo sello y con mayor motivo sellos distintos y particulares. (Instit., § 5, *eod.*) Por medio del testamento pretoriano no se deferia la *herencia propiamente dicha*, sino la *bonorum possesio*, que en realidad, llevaba las mismas ventajas de la herencia civil. (Ulpiano, *Reg.*, tít. XXIII, § 6, tít. XXVIII, § 6.)

En la época del Bajo Imperio, las constituciones imperia-

les añadieron al testamento de derecho pretoriano una formalidad nueva que consistió en la necesidad impuesta á los testigos de continuar su respectiva firma en el testamento (*subscriptionem.*)

V. *Testamento tripartito* (*tripertitum*).—Esta última forma del testamento, introducida por Teodosio el Jóven y Valentiniano III, provino de la fusion del derecho civil con el derecho pretorio y las constituciones imperiales. De aquí se deriva la denominacion de tripartito.

1º Proviene *del derecho civil* la presencia de testigos *uno contextu*. Esto significa que una vez presentado el testamento á los testigos, deben practicarse de una sola vez y sin interrupcion, todas las formalidades necesarias para la solemnidad del acto. (*nullum actum alienum testamento intermiscere.*)

2º Deriva *del derecho pretoriano* la *impresion de sellos* en la cubierta exterior, (*superscriptio*) y el *número* de los testigos. (*septem testibus.*)

3º Deriva *de las constituciones imperiales* la *firma* del testador y de los testigos al pié del testamento, bajo la cubierta (*subscriptio*). Si el testador no puede ó no sabe firmar, se requiere un octavo testigo. (Instit., § 3, *eod.*)

Justiniano añadió nua nueva formalidad á todas las ya expresadas. Segun el texto de una Constitucion inserta en el Código, (L. 29, *De testam.*, lib. VI, tít, XXIII), el nombre del heredero debe hallarse escrito en el testamento de puño y letra del mismo testador. Si este no supiere escribir, deberá manifestar el nombre del heredero á los testigos, quienes lo consignarán en sus respectivas *subscriptiones*. Esta disposicion poco acertada, quedó bien pronto suprimida por una novela del mismo emperador. (Nov. CXIX, cap. XI.)

Observacion.—En el Bajo Imperio subsistió, al lado del testamento tripartito, el testamento *verbal ó nuncupativo*, que segun lo hemos dicho anteriormente, ofrece á los que no saben escribir, la ventaja de poder otorgar testamento válido, conforme al derecho civil. (Instit., § 14, *eod.*)

PERSONAS QUE PUEDEN PRESTAR SU TESTIMONIO EN UN TESTAMENTO.

Exígense dos clases de condiciones de capacidad: unas absolutas, otras relativas.

I. *Condiciones absolutas de capacidad.*—En principio pueden servir de testigos todas aquellas personas con quienes tenemos la *factio testamenti.*

Testamentifactio: indícase con esta palabra la capacidad de concurrir á la confeccion de un testamento, lo cual tiene lugar, ya en concepto de *testador*, cuando uno dispone de su herencia, ya como *instituido*, cuando uno es llamado á recojer la herencia de otro, ya, en fin, como *testigo.*

Estos tres actos exigen tres distintas capacidades: 1°, la que se requiere para otorgar testamento; 2°, la que se requiere para ser instituido heredero; 3°, la que se requiere para servir de testigo.

Algunas veces se reunen estas tres capacidades en una misma persona: en este caso dícese de la misma que tiene la *testamentifactio completa.* Pero á veces se hallan separadas, y una persona que goza la *testamentifactio*, bajo cierto punto de vista, no la disfruta igualmente bajo otro distinto. En este último caso se dice que la *testamentifactio* es *restringida.*

En términos generales puede ser testigo aquel que seria válidamente instituido por el testador.

Esta regla sufre, sin embargo, algunas excepciones:

1ª La mujer tiene la *testamentifactio* para adquirir una herencia y áun para disponer de sus bienes por testamento mediante la autorizacion de su tutor. (Gayo, C. II, § 112; Ulpiano, Reg., tít. XX, § 15.)—No puede, sin embargo, ser llamada para servir de testigo en un testamento. (Instit., § 6, eod.)

2ª El *impúber* puede ser instituido heredero ántes de haber cumplido catorce años; pero en ningun caso puede otorgar testamento, ni áun con autorizacion de su tutor (Gayo, C. II, § 113), ni figurar como testigo en un testamento. (Instit., § 6, eod.)

3ª El *esclavo* tiene la *testamentifactio* para ser instituido heredero (Gayo, C. II, § 87), sin embargo, se halla incapacitado como el impúber para testar y para intervenir como testigo en la formacion de un testamento. (Instit., *ibid.*)

4ª El *loco* (*furiosus*), excepto en sus intervalos lúcidos, el *sordo* (*surdis*), el *mudo* (*mutus*) no tuvieron tampoco al principio la faccion de testamento bajo ningun concepto. Cuando se modificó el testamento *per œs et libram* vinieron á tener capacidad para ser instituidos herederos; bien que no se les concedió jamás la de otorgar testamento ni la de servir como testigos en un acto de esta índole.

5ª Iguales principios rigen por lo que se refiere á los *pródigos*.

6ª Tambien son igualmente incapaces las personas *infames* (*improbum intestabilemque*), porque sólo pueden utilizarse como testigos de un testamento á los hombres de buena reputacion (*bonœ opinionis*). (Instit., *ibid.*)—La misma prohibicion recae sobre los herejes.

¿En qué momento se requiere la capacidad de los testigos?—En el momento mismo de la otorgacion del testamento (*testamenti quidem faciendi tempore*); poco importa que despues de dicho acto pierdan los testigos su capacidad. Esto, no obstante, segun rescriptos de Adriano y Severo, la concurrencia de un esclavo que hubiese figurado como testigo en un testamento, no es causa de que sea éste vicioso si era desconocida la verdadera condicion de su persona, de tal suerte, que áun las más minuciosas investigaciones no hubiesen sido bastantes á descubrir el error. (Instit., § 7, eod.)

II. *Condiciones relativas de capacidad.*—Hállanse afectados de incapacidad relativa todos aquellos que, siendo en términos generales, capaces de servir como testigos en un testamento, no pueden prestar igualmente su concurso cuando se trata del testamento de una persona determinada; así, por ejemplo, no podrá el testador emplear como testigos en su testamento á los hijos que se hallan bajo su potestad.—¿Qué se deberá resolver cuando es el hijo de familia el que, poseyendo un peculio *castrense* dispone por testamento de dicho peculio? ¿Es válida la intervencion del padre de familia en ca-

lidad de testigo? Justiniano establece, conforme á la opinion de Gayo y en discordancia con la de Marcelo y Ulpiano, que ni el padre ni los hermanos del testador sometidos conjuntamente á la potestad del mismo jefe de familia, podrán servir de testigos en el testamento relativo á dicho peculio (*reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium*). (Instit., § 9, eod.)—Sin embargo, no se ofrece dificultad en que se busquen varios testigos pertenecientes á una misma familia cuando se trate de un acto ajeno á ella; como, por ejemplo, pueden servir de testigos en un mismo testamento el padre de familia, el hijo de éste y los hermanos sometidos á la vez á la potestad de aquel. (Instit., § 8, eod.)

Son igualmente incapaces para testigos el heredero instituido; si es padre de familia, los que se hallan bajo su potestad; si es hijo de familia, el padre bajo cuya potestad se halla colocado y todos aquellos que junto con él se encuentran en el mismo caso. (Instit., § 10, eod.)

Por lo que á los legatarios y fideicomisarios se refiere, pueden ser testigos del testamento en que se les favorece, porque su intervencion en aquel acto no es de principal importancia (*quia non juris succesores sunt*).—Lo mismo cabe decir, y con mayoría de razon, de las personas allegadas á los legatarios y fideicomisarios (*aliis personis eis conjunctis.*) (Instit., § 11, eod.)

TITULO XI.

Del testamento militar.

Las personas pertenecientes á la milicia obtuvieron, por las Constituciones imperiales, varios é importantes privilegios.

I. *Privilegios relativos á la forma del testamento.*—Los militares no estaban obligados á observar las reglas positivas de derecho civil que limitaban la libertad del testador. Ninguna solemnidad era para ellos indispensable. Sea cualquiera la forma en que haya manifestado el militar su voluntad, esta es

suficiente, con tal que no sea dudosa, para constituir testamento válido (*sufficiat nuda voluntas testatoris*). De donde se sigue que un testamento formado por cualquier individuo que no forme parte de la milicia, sin las formalidades prescritas por el derecho civil, puede alcanzar validez, si haciéndose militar aquel individuo, manifiesta de cualquier modo la intencion de atribuir efecto á su testamento, como por ejemplo, añadiéndole ó modificándole alguna cosa.

El testamento adquiere, á partir de aquel instante, la fuerza y carácter de testamento militar (*quasi ex nova militis voluntate.*) (Instit., *pr.*, et §§ 1, 4, lib. II, tít. XI.)

¿Durante qué período de tiempo gozan los militares de dichos privilegios?—*Con anterioridad á Justiniano*, el privilegio de testar en la forma indicada concedíase á los militares por tanto tiempo cuanto durase su permanencia en el servicio. Así era que un testamento hecho por un militar (*extra expeditionem*), esto es, en tiempo de paz y estando de guarnicion, quedaba dispensado de las formalidades del derecho civil; dispensa que alcanzaba tambien al testamento formado por un veterano (*post missionem*).—Justiniano resolvió que no pudieran los militares en lo sucesivo hacer su testamento con exclusion de toda formalidad, sino durante la compaña (*in expeditione.*) (Instit., § 3, eod.)

¿Cuál es la duracion del testamento militar?—*Antes de Justiniano* el testamento de los militares conservaba su validez durante todo el tiempo del servicio y hasta un año despues de haber vuelto el militar á sus hogares. *En la época de Justiniano* esta clase de testamento conserva su validez durante el plazo de un año *despues de terminada la expedicion ó campaña*. Si pues, el militar muere *intra annum post missionem*, su testamento hecho *in expeditione*, será válido, y nulo si fallece trascurrido ya el indicado plazo (§ 3, eod).

II. *Privilegios relativos al ejercicio del derecho de testar.*—Ciertas personas que se hallan incapacitadas para otorgar testamento con arreglo al derecho comun, son capaces bajo su calidad de militares. Ejemplo: el hijo de familia no tiene derecho de testar, ni áun con la autorizacion de su padre, pero si es militar adquiere capacidad para disponer de su peculio

castrense, aunque no le preste su autorizacion el jefe de la familia. (Instit., § 6, eod.) Segun el derecho clásico, tampoco hubieran podido válidamente testar el sordo ni el mudo, y sin embargo, el militar que adolezca de tales defectos físicos tiene por privilegio el ejercicio del derecho de testar. (Instit., § 2, eod).

III. *Privilegios relativos á la capacidad de aquellos en cuyo favor puédese hacer testamento.*—Estáles permitido á los militares instituir válidamente por sus herederos á personas que segun el derecho comun serian de todo punto incapaces para recibir por testamento. Ejemplos: los peregrinos, los deportados, etc. (Gayo, C. II, §§ 110 y 111.) Solo el *servus pœnæ* no podia ser instituido por un militar (1). (L. 13, § 2, D., *De test. milit.*, lib. XXIX, tít. I.)

IV. *Privilegios relativos á la libertad y á la extension de las disposiciones testamentarias.*—Los militares se hallaban dispensados de la necesidad de instituir ó desheredar á los herederos suyos. El silencio que respecto á ellos guardaran, tanto valia como una exheredacion nominativa. Conviene observar que Justiniano limitó esta facultad á los militares en campaña. (Instit., § 6, lib. II, tít, XIII). Los militares podian morir parte *testado* y parte *intestado*, y tener á un tiempo mismo un heredero testamentario y un heredero *ab-intestato* (*nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest.* Instit., § 5, lib. II, tít. XIV). Podian instituir heredero *ex certo die*, esto es, á partir de una época determinada, ó *ad certum diem*, esto es, hasta cierta época. Si dejan varios testamentos habrán de llevarse todos á cumplimiento; y pueden tambien disponer válidamente de su herencia por medio de codicilos. (L. 19, pr., L, 33, pr., D., *De testam. mil.*, lib. XXIX, tít. I.)

---

(1) Es preciso hacer memoria de que á la época de Justiniano los herejes no podian recibir nada *ex testamento militis*. (L. 22, C., *De heret.*, lib. I, tit. V).

TÍTULO XII.

De las personas á quienes no se permite hacer testamento.

Importa distinguir dos cosas: el derecho de testar y el ejercicio de este derecho.

I. *Derecho de testar considerado independientemente de su ejercicio.*—Para gozar del derecho de hacer testamento, es preciso tener el *jus commercium*, pero además se debe ser *pater familias*, esto es, *sui juris*, no estar bajo la autoridad de nadie. No bastan aún estas circunstancias, sino que se requiere haber recibido del legislador la facultad de testar, porque esta facultad no es en todo caso consecuencia del derecho de propiedad.

No pueden hacer testamento:

1º El *latino-juniano*, á quien la ley Junia priva de semejante derecho. (Ulpiano, Reg., tít. XX, § 14.)

2º El *peregrino dediticio* porque no goza del *jus commercii* (Ulpiano, *ibid.*)

3º El ciudadano romano que á consecuencia de una condena (por ejemplo, la deportacion), hubiese tenido que salir de Roma.

4º El esclavo, porque carece de bienes propios; pero sin embargo, hay que consignar una excepcion en favor del esclavo público del pueblo romano (*servus publicus populi romani*), que puede disponer en testamento de la mitad de sus bienes. (Ulpiano, tít. XX, § 16.)

5º Los apóstatas, como asimismo varias sectas heréticas, principalmente la de los Maniqueos. (L. 3, C., De *apost.*, libro I, tít. VII.)

6º El hijo de familia. Ni áun mediando autorizacion de su padre podia el hijo testar legalmente, *quoniam nihil suum habet.* (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XII.)

Cuando se concedió á los hijos de familia la facultad de constituir un peculio *castrense* sobre el cual tenian todos los

derechos de un propietario *sui juris*, de un padre de familia, otorgóseles muy pronto el derecho de disponer por testamento de dicho peculio *castrense*. Primitivamente, esta concesion quedó limitada al término del servicio militar, pero Adriano la extendió á los veteranos, es decir, á los que habian salido ya del servicio (Instit., *ibid.*)

Además, desde la época de Constantino los hijos de familia que fuesen funcionarios públicos, pudieron tener en propiedad, á título de peculio *quasi-castrense*, todo cuanto adquiriesen por el ejercicio de sus cargos. No tuvieron, sin embargo, desde igual época la facultad de testar de dicho peculio; Justiniano fué quien les otorgó semejante derecho.

En cuanto al peculio *adventicio*, bien que se considerara como propiedad de los hijos de familia, no podian estos disponer del mismo por testamento, pues ninguna ley les habia dado el derecho de hacerlo así. Permitíaseles, con todo, hacer donaciones por causa de muerte de los bienes que constituyen este peculio, mediante que concurriera el consentimiento del padre de familia. El motivo de esta diversidad es que la donacion por causa de muerte considerábase como de derecho de gentes. (Instit., *pr.*, eod.)

¿Qué acontecia en el supuesto caso de que un hijo de familia, hallándose poseedor de un peculio *castrense* falleciese sin haber dispuesto del mismo por testamento? En semejante caso el peculio volvia al padre de familia, quien se consideraba no como sucesor del hijo, sino como si hubiera sido siempre propietario de aquellos bienes.

Tal era, por lo ménos, el derecho primitivo. (LL. L. 9, 19, §§ 3 y 5, D., *De castr. pec.*, lib. XLIX, tít. VII). ¿Hizo Justiniano alguna modificacion en este punto? Disienten los comentaristas acerca la significacion de la siguiente frase de la Instituta (*pr.*): *Si intestati decesserint nullis liberis vel patribus superstitibus ad parentes eorum jure communi pertinebit.* Algunos, principalmente Cuyacio, pretenden que las palabras *jure communi* quieren significar *jure communi peculii*, *jure pristino*. Segun esta opinion el peculio *castrense* debia volver al padre como un peculio ordinario por derecho de pátria potestad. De aquí derivan las siguientes consecuencias: 1° No sien-

do heredero el padre de familia no quedará obligado á pagar las deudas de su hijo *ultra vires*, de suerte que su responsabilidad no excede los límites del peculio *(de peculio)*; 2° sólo podrá demandársele por la accion *de peculio*, esto es, durante un año, contadero desde la muerte de su hijo, sea cualquiera el término de las acciones contra este último; 3° si las cosas componentes el peculio se hallaran en poder de un tercero, el padre no podria ejercitar la *petitio hereditatis*. Deberá intentar la reivindicacion, mas como esta accion no puede tener por objeto una *universitas juris*, como lo es el peculio, se hallará en el caso de reivindicar particularmente cada una de las cosas que constituyen el peculio: 4° Finalmente, no siendo heredero el padre de familia no debia quedar, segun el derecho del último período, pospuesto á los hijos del difunto, á sus hermanos y hermanas, etc. Esta es la opinion que consigna Teófilo, contemporáneo de Justiniano, en su paráfrasis de las Instituciones (1). Otros jurisconsultos, entre los cuales se cuentan Vinnio y Fernandez de Retes, sostienen que debe darse á la frase *jure communi* el sentido de *jure communi successionis*. Segun esta opinion el peculio *castrense* volveria al padre por derecho de sucesion; de donde se deduce que el padre de familia podrá quedar obligado en más de lo que importen los bienes del peculio si no aceptó la sucesion á beneficio de inventario. Los acreedores tendrán accion durante el ordinario término de las acciones, treinta años. La reivindicacion de los bienes del peculio tendrá lugar en totalidad y por una accion única, la *petitio hereditatis*.

II. *Del ejercicio del derecho de testar.*

No pueden ejercitar el derecho de hacer testamento:

1° *Los impúberes,* porque carecen de la necesaria madurez de juicio. (Instit., § 1, lib. II, tít. XII.)

---

(1) Ortolan, ***Explic. hist. des Instit.***, t. II, n° 688 y t. III, n° 1030; Thézard, ***Rép. écr. de dr. rom.***, p. 138 y Brocher, ***Etude hist. et philos. sur la légitime et les réserves***, p. 38, se adhieren á la primera interpretacion. Tambien la ha sostenido M. Gide, *á son cours*.—Pero en nuestros dias se halla más generalizada la opinion contraria. Véase Ducaurroy, ***Instit. explic.***, t. II, n° 857; Demangeat, *Cours. élém.*, t. I, p. 600;

2° *Los locos,* porque carecen de razon. Sin embargo, reputariase válido el testamento que hiciera un loco en un intervalo de lucidez. (Instit., § 2, *ibid.*)

3° *Los pródigos,* á causa de la interdiccion contra ellos, pronunciada por el pretor. (Instit., § 2, eod.)

4° *Los sordos y mudos,* segun el antiguo derecho. (Ulpiano, Reg., tít. XX, § 13). Justiniano concedió á los mudos la facultad de testar por escrito, y á los sordos la de testar en la forma ordinaria. Solo aquellos sordos ó mudos que lo fuesen desde su nacimiento quedaron siempre incapacitados de hacer testamento. (Instit., § 3, eod.)

Debemos observar que la locura, la interdiccion, la sordera ó la mudez, cuando afectan á un individuo con posterioridad á la formacion de un testamento, no producen el efecto de anularlo en lo más mínimo. Por otra parte, el testamento que hiciese un impúber, un loco, un pródigo, un sordo ó un mudo, en estado de impubertad, de locura, de interdiccion, de sordera ó de mutismo, no adquiere validez porque muera el testador cuando ya sea púber, cuerdo, esté relevado de interdiccion ó haya recobrado el oido ó la palabra. (Instit., §§ 1, 2, 3, eod.)

5° *Los ciegos.*—En el derecho antiguo no habia disposicion alguna que impidiera la testamentifaccion á los ciegos. (Paulo, *Sent.,* § 4, lib. III, tít. IV, *a.*) Pero una constitucion del emperador Justino conservada por Justiniano, exige, aparte los siete testigos, la presencia de un Notario (*tabularius*), en la confeccion del testamento de los ciegos. (Instit., § 4, eod.; L. 8, C., *Qui test. fac. poss.,* lib. VI, tít. XXII.)

6° *Las mujeres.*—Durante mucho tiempo las mujeres, áun mediante autorizacion de sus tutores, se vieron privadas de testar. Desde que se publicó un senado consulto en el reinado de Adriano, las mujeres disfrutaron de aquel derecho bajo la intervencion de sus tutores. (Gayo, C. I, § 115 *a.*)

Accarias, *Préc. de dr. rom.*, (2ª edic.), t. I, nº 297, p. 691, texto y nota 1; Namur, *Cours d'Instit.* (2ª edic.), t. I, § 57, p. 76; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, § 311, p. 238 y 239; Maynz, *Cours. de dr. rom.*, t. III, § 415, p. 97; Labbé y Machelard, *á leurs cours.*

¿EN QUÉ MOMENTO ES PRECISO QUE HAYA CONCURRIDO LA CAPACIDAD DE TESTAR EN EL TESTADOR?

Segun el derecho civil, la capacidad de testar y de transmitir por testamento debe concurrir: 1° en el momento de la formacion del testamento; 2° en el momento de la muerte: 3° durante todo el tiempo que media entre la confeccion del testamento y la muerte del testador.

Segun el derecho pretóriano, basta que el testador tenga capacidad de testar y de transmitir por testamento: 1° al tiempo de su otorgacion: 2° en el momento de fallecer. Poco importa que la capacidad no haya experimentado soluciones de continuidad desde el dia de la confeccion del testamento hasta la muerte del testador.

Las *constituciones imperiales* han seguido las reglas del derecho pretoriano.

Influencia especial de la cautividad sobre el derecho y el ejercicio del derecho de testar.

Ofrécense dos casos distintos:

1° Un ciudadano romano, despues de haber otorgado su testamento, cae en poder de los enemigos. ¿Cuál será la suerte de tal testamento? Rigorosamente hablando será nulo por efecto de la *maxima capitis deminutio* que ha tenido lugar. Pero gracias á las ficciones llegóse á sostener la validez primitiva del testamento, ya sea que el testador volviese á Roma, ya que muriese entre los enemigos. En el caso de que vuelva, el *jus postliminii* borra todos los efectos del cautiverio. Los derechos del prisionero, suspendidos pero no destruidos por el cautiverio, reviven en toda su extension. El testamento hecho *ante captivitatem* vuelve á recobrar su validez. En el caso de que muera entre los enemigos, la ley *Cornelia,* propuesta por Sila, establecia la siguiente regla: que el cautivo se consideraba muerto en el momento mismo en que cayó prisionero. Por consiguiente, se supone que murió en la plenitud de sus derechos y que pudo dejar, pues, un testamento válido. (Instit., § 5, lib. II, tít. XII.)

2° Un ciudadano romano, prisionero del enemigo (*in capti-*

vitate) hace su testamento. Este testamento es completamente nulo, ya sea que vuelva el testador, ya que muera en el cautiverio. En este caso no há lugar á la aplicacion del *jus postliminii.*

TÍTULO XIII.

De la desheredacion de los hijos.

I. *Ley de las Doce Tablas.*

En el derecho primitivo, el padre de familia podia disponer de su herencia sin restriccion ninguna. *Uti legassit... suæ rei, ita jus esto,* decia la ley de las Doce Tablas. Esta libertad fué causa de algunos abusos. No era, en verdad, muy justo que los hijos que, mediante su trabajo habian contribuido á la formacion y á la prosperidad del patrimonio, se viesen excluidos, en beneficio de un extraño, de toda participacion en la herencia de su padre.

En este punto se introdujeron algunas modificaciones: por el derecho *civil*, por el derecho *pretoriano*, por las *constituciones de Justiniano.*

II. *Derecho civil.*

Los jurisconsultos han considerado á los hijos colocados bajo la potestad de un jefe de familia como copropietarios del patrimonio paterno. A la muerte del padre, más que adquirir un derecho nuevo, lo que hacian era conservar sobre aquel patrimonio una propiedad que ya tenian anteriormente. Diríase que se sucedian á sí mismos (*heredes sui*). Admitida esta idea, no bastaba ya para despojar á los hijos de sus derechos, instituir simplemente á un extraño; era preciso, además, una formal declaracion del testador desheredando á sus hijos (1).

---

(1) Esta idea de copropiedad entre los miembros de la familia, aunque parece que se apoya en algunos textos y que se admite generalmente en Francia (Véase principalmente Ducaurroy, t. II, nº 567; Ortolan, t. II, nº 692; Demangeat, t. I,

La institucion hecha bajo una condicion casual, debia ir seguida de la desheredacion para el caso en que faltara la condicion. La potestativa, por el contrario, podia ser suficiente: considerábase que el heredero de tal suerte instituido manifestaba su voluntad de aceptar ó de repudiar la sucesion cumpliendo ó dejando de cumplir la condicion. (L. 4, *pr.*, D., *De hered. inst.*, lib. XXVIII, tít. V.)

La desheredacion era necesaria cuando se trataba de los herederos suyos, esto es, de aquellos á quienes el derecho civil llamaba á la sucesion *ab intestado* del testador. Tales eran los hijos de familia, los nietos, cuando el padre habia salido de ella, la mujer *in manu* (*loco filiæ*), la nuera *in manu filii* (*loco neptis*). (Ulpiano, Reg., tít. XXII, § 14.)

¿En qué época se introdujo este derecho?—En tiempo anterior á Ciceron (1).

¿De qué manera se hacia la desheredacion?—La forma era distinta, segun se tratase de un hijo de familia ó de otro cualquier descendiente sometido á la potestad del testador. El *hijo de familia* debia ser desheredado *nominativamente* (*nominatim*), es decir, por una designacion individual. Ejemplo: *Titius filius meus exheres esto.*

La *hija de familia* ó el *nieto* podian ser desheredados en términos generales, *colectivamente* (*inter cæteros*). Ejemplo: *Cœteri exheredes sunto.* (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XIII.)

¿Cuál era la sancion de esta regla?—Tenia distinta sancion, segun se tratase de la omision de un hijo de familia ó de otro descendiente cualquiera.

Si el omitido era el *hijo de familia*, el testamento quedaba desde luego viciado de nulidad absoluta y radical. Tal era, por lo ménos, la opinion de los sabinianos y la más generalmente aceptada. (Gayo, C. II, § 123; Instit., *ibid.*)

Si eran preteridos una *hija de familia* ó un *nieto*, no se anulaba el testamento, sino que la hija ó el nieto á quienes se omitia venian á formar parte del número de los herederos ins-

---

p. 613), la consideramos diametralmente contraria al espíritu general del derecho romano. Tal es tambien la opinion de Brocher, *Etud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 68.

(1) Demangeat, Ortolan, Brocher, *ubi supr.*

tituidos. Habia, pues, como dice Gayo, un *jus accrescendi.* (Gayo, C. II, § 124.)—La porcion en que concurrian la hija ó el nieto preteridos variaba segun que los herederos nombrados fuesen extraños ó hijos herederos suyos del testador. En el primer supuesto, la hija ó el nieto percibia la *mitad* de la herencia (*extraneis autem partem in dimidiam*); en el segundo, tomaba una parte *viril* (*suis quidem heredibus in partem virilem*).—¿Qué diremos respecto al caso en que la institucion comprendiese á la vez extraños y herederos suyos? Que habia lugar á la combinacion de los dos modos indicados y cada uno tomaba su parte á tenor de la regla que á él atañía. (Ulpiano, Reg., tít. XXII, § 17; Paulo, *Sent.*, lib. III, tít. IV, *b.*, § 8.)

Desheredacion de los hijos emancipados.—No imponia el derecho civil obligacion alguna de instituirlos ni desheredarlos, porque no eran herederos suyos (*quia non sunt sui heredes*). (Instit., § 3, eod.)

Desheredacion de los hijos adoptivos.—Uno de los efectos de la adopcion era que el adoptante venia obligado, segun el derecho civil, á instituir ó desheredar al adoptado, si áun no le habia emancipado ántes de otorgar testamento, porque se le consideraba como heredero suyo. En cuanto al padre natural que hacia testamento despues de haber dado su hijo en adopcion, podia omitirle sin reparo alguno, pues habiendo salido de su poder no era ya heredero suyo. (Instit., § 4, eod.) (1).

Desheredacion de los hijos póstumos.—Los habia de distintas clases: 1º, póstumos *suyos;* 2º, póstumos *Aquilianos;* 3º, póstumos *Velleyanos*; 4º, *quasi póstumos Velleyanos.*

1º Póstumos *suyos.*—Llamábanse póstumos suyos los hijos que nacian *sui juris* despues de fallecido el testador, pero que de haber existido ya en el instante de la confeccion del testamento, hubieran sido herederos suyos del testador.

Primitivamente no era posible instituir ni desheredar á los póstumos, en virtud del principio segun el cual la persona *todavía no nacida* teníase por persona *incierta*, y por esto no se admitia disposicion hereditaria ninguna que se refiriese á per-

---

(1) Véase más arriba, lib. I, tít. XI, p. 112 y 113.

sonas inciertas (*incerta persona heres institui non potest.* Ulpiano, Reg., tít. XXII, § 4).

No tenia, pues, el testador ningun medio para evitar la ruptura de su testamento en el caso de superveniencia de un heredero suyo.—Consignemos, sin embargo, una excepcion: si el hijo nacia muerto, no dejaba el testamento de producir todos sus efectos. (Instit., § 1, eod.)

Gracias á los Prudentes, introdújose un correctivo á dicha regla y en su virtud el padre de familia, contra los principios generales, pudo instituir ó desheredar préviamente á los póstumos herederos suyos. En adelante consideróse como nacido ya (*pro jam nato*) al hijo solamente concebido. (Ulpiano, título XXII, § 19.)

Esta modificacion, con ser un progreso, no fué sin embargo suficiente. Pudo acontecer, en efecto, que viviese todavia el testador en el momento de nacer el hijo, y en tal caso quedaba roto el testamento. Podia tambien ocurrir que al tiempo de otorgar su testamento el testador tuviese un hijo cuya *uxor* se hallara en cinta; en tal situacion no habia más heredero suyo que el hijo, único á quien podia instituirse ó desheredarse. Pero más tarde moria el hijo sobreviviéndole el testador; el nieto ya concebido nacia despues de muerto el testador, pero se hallaba ser desde luego heredero suyo. En este caso la superveniencia del nieto rompia el testamento en que no habia sido instituido ni desheredado. En el primero de los dos casos citados, el testador podia, rigorosamente hablando, reformar su testamento, bien que en el terreno de los hechos se ofreciesen á veces dificultades para ello. En el segundo caso, subian de punto los inconvenientes, porque bien podia suceder que la muerte del hijo precediera á la del testador de tan corto espacio que materialmente no fuese bastante para permitir al testador la reforma de la disposicion testamentaria en la cual hubiese desheredado al póstumo heredero suyo.

2° Póstumos *Aquilianos.*—Un nuevo progreso introducido por los Prudentes fué la permision que se dió á los testadores de instituir ó desheredar á los póstumos que, al tiempo de otorgar el testamento, hallábanse precedidos en la familia por su padre, pero que por la muerte de este último podian más tar-

de llegar á ser, despues de la muerte del testador, herederos suyos, y causar, por tanto, la ruptura del testamento. A estos póstumos llamóseles *Aquilianos*, del nombre de Aquilio Galo, contemporáneo de Ciceron y uno de los que más directamente contribuyeron á la introduccion de esta reforma en el derecho. Habia, pues, los antiguos póstumos, ó sean los póstumos *legítimos* y los póstumos *Aquilianos.*

La ley *Junia Velleya,* cuya fecha se remonta á los últimos dias del reinado de Augusto (año 763, u. c.) vino á crear dos nuevas clases de póstumos suyos, los póstumos *Velleyanos* y los *quasi-póstumos Velleyanos.*

3º Póstumos *Velleyanos.*—Eran tales los hijos que, concebidos en la época de la confeccion del testamento, nacian herederos suyos viviendo aún el testador (*vivente adhuc testatore*). Segun Ulpiano, existia entre los póstumos Velleyanos y los Aquilianos la diferencia de que los primeros nacian herederos suyos *en vida del testador*, al paso que los segundos nacian y venian á ser herederos suyos *despues de la muerte del testador.* (Ulpiano, tít. XXII, § 19.)

4º *Quasi-póstumos Velleyanos.*—Esta clase comprendia á los nietos habidos en potestad por el padre de familia viviendo el hijo. Ejemplo: *Primus* tiene un hijo y de este un nieto ó una nieta. Estos últimos, hallándose precedidos en la familia por su padre, no son *suus heres* con relacion al testador. Pero si viviendo éste, el hijo muere ó sale de la familia por otro modo cualquiera, entonces ocupa el nieto el lugar que deja su padre y adquiere de tal suerte por *quasi-agnacion* los derechos de heredero suyo. (Instit., § 2, libro II, tít. XIII.)

Para que no se rompiera el testamento por la agnacion de los póstumos Velleyanos ó la *quasi*-agnacion de los quasi-póstumos Velleyanos, preciso era usar de la facultad concedida por la ley *Junia Velleya* é instituir ó desheredar á estos póstumos. (Instit. *ibid.*)

¿Cómo se hacia la desheredacion de los póstumos? Los de sexo masculino, hijos ó nietos, debian ser desheredados *nominativamente* (*nominatim*). Usábase la siguiente fórmula: *quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto.* (Instit., § 1, *in fine*). Los póstumos del sexo femenino podian ser desheredados colecti-

vamente (*inter cœteros*) mediante que les fuese legada alguna cosa, *ne videantur prœteritœ esse per oblivionem*. (Instit., *ibid*).

¿Cuál era la sancion de la regla relativa á la desheredacion de los póstumos? La omision de un póstumo, sea cualquiera su sexo, (*postumi vel postumœ*) llevaba consigo la ruptura del testamento. En ningun caso habia lugar al *jus accrescendi*. (Institucion, § 1, *eod.*)

III. *Derecho pretoriano.*

El derecho de los pretores introdujo en esta materia distintas innovaciones:

1° *Relativamente á la forma de la desheredacion.*—El derecho civil habia establecido muy notables diferencias entre los hijos y los demás descendientes. *Segun el derecho pretorio* los nietos al igual que los hijos debian ser desheredados por designacion individual (*nominatim*); unicamente las hijas pudieron ser desheredadas *inter cœteros* (Gayo, C. II, § 129; Instit., § 3, *eod.*)

2° *Relativamente á la sancion de la obligacon de desheredar.*—El *derecho civil* declaraba nulos, muchas veces sin necesidad, testamentos que se habian otorgado de una manera perfectamente regular, lo cual ocurria en los dos siguientes casos: ó el hijo á quien se habia omitido en el testamento premoría al testador ó bien le sobrevivia y hubiera querido cumplir estrictamente la última voluntad de su causante. En uno y otro de los supuestos casos el testamento quedaba, segun el derecho civil, viciado de nulidad radical. Pero el *derecho pretorio* por medio de una posesion de bienes que se llamó *secundum tabulas* (conforme á las tablas del testamento) (1) consiguió que un testamento nulo segun el derecho civil produjese todos los efectos de un testamento válido. (LL. 12, 17, D., *De inf. rup.*, libro XXVIII, lib. III.)

3° *Relativamente al alcance de la desheredacion.*—En virtud del derecho civil la necesidad de instituir ó desheredar referíase tan solo á los hijos ó á los nietos que se hallaban sometidos á la potestad del testador. Pero segun el *derecho pretorio* la

(1) Véase más adelante, lib. III, tít. IX.

necesidad de la institucion ó de la desheredacion se aplicaba tambien á los que hubieran sido herederos suyos si no hubiesen salido de la familia por efecto de una *capitis deminutio*. Tales eran, principalmente, los hijos emancipados y los dados en adopcion. Los hijos emancipados deben ser instituidos ó desheredados en el testamento de su padre. (Instit., § 3, *eod.*)

En caso de adopcion, concuerdan el derecho civil y el derecho pretorio en punto á dispensar al padre natural de la obligacion de instituir ó desheredar al hijo dado en adopcion en tanto permanezca bajo la potestad de su padre adoptivo. Sepárase, con todo, el derecho pretorio del derecho civil desde aquel momento en que el adoptado sale por emancipacion de la potestad del adoptante; pues en este caso acudia el pretor en apoyo del hijo así emancipado y omitido en el testamento de su padre natural. Adviértase que el hijo adoptivo, emancipado despues de la muerte de su padre natural, perdia respecto á la herencia de este sus derechos de sucesion. Esta lamentable consecuencia hubo de tener sucesivo remedio. (Institucion, § 4, *eod.*)

Si los hijos herederos suyos y aquellos que hubieran sido tales á no mediar una *capitis deminutio* no habian sido instituidos ni desheredados, podian obtener del pretor la posesion de los bienes componentes la herencia contra los herederos instituidos (*bonorum possessio contra tabulas*). Por medio de la *bonorum possessio contra tabulas* los hijos omitidos conseguian que se anulara el testamento y recogian la herencia como si aquel no hubiera existido nunca (Instit., § 3, *eod.*) (1). Al principio no habia distincion ninguna relativamente á los efectos de la *bonorum possessio contra tabulas* entre los hijos de uno ú otro sexo (Instit., *ibid.*). Antonino Pio modificó el derecho acerca de este punto, decidiendo que las hijas y nietas que hubiesen obtenido del pretor la *bonorum possessio contra tabulas*, tomaran de la herencia solamente aquella parte que les hubiera correspondido en virtud del *jus accrescendi* del derecho civil (Gayo, C. II, § 126).—Conviene observar: 1° que esta *bonorum possessio* no era propia *ipso jure* de los hijos omitidos, sino que

---

(1) Véase más adelante, lib. III, tít. IX.

se les concedia cuando ellos la reclamaban; 2º que á pesar de la *bonorum possessio* quedaban subsistentes algunas disposiciones del testamento; de modo que los legados dispuestos en favor de ciertas personas se sostenian y ejecutaban de igual modo que si el testamento fuese válido. (LL. 1, 15, D., *De legat. prest.*, libro XXXVII, tít. V.)

Lo mismo cabe decir de una desheredacion regular. (LL. 8, 20, D., *De bonor. possess. contr. tab.*, lib. XXXVII, tít. IV.)

IV. *Constituciones de Justiniano.*

En tal estado el derecho, vino Justiniano á introducir varias é importantes modificaciones.

1ª Comienza por simplificar las formas de la desheredacion, alejando toda idea de fórmula sacramental para este objeto. (L. 3., C., *De libert. prœter.*, lib. VI, tít. XXVIII.)

2º Prohibe terminantemente la desheredacion *inter cœteros*. En adelante debió hacerse toda desheredacion *nominativamente*, sin distincion de sexo. (L. 4, C., *eod.*; Instit., § 5, *eod.*)

3º Suprime el *jus accrescendi ad certam portionem*, relativo á las hijas y á los nietos *ex filio*; por consiguiente la omision de una hija ó de un nieto, lo mismo que la de un hijo, envuelve siempre la anulacion ó ruptura del testamento. (Instit., § 5, *eod.*)

Respecto á los hijos emancipados confirma el derecho pretoriano. (Instit., *ibid.*)

En cuanto á los hijos adoptivos no altera Justiniano en nada los antiguos principios cuando se trata de un hijo dado en adopcion á un ascendiente paterno ó materno. Pero si la adopcion tiene lugar en la persona de un extraño, es decir, otra persona que no sea el ascendiente, el hijo no sale de su familia natural, conservando el rango y los derechos de heredero suyo. El testamento hecho por el padre natural, únicamente será válido en tanto que se haya instituido ó desheredado en él al hijo dado en adopcion; bien que en este último caso el adoptante que no sea ascendiente del adoptado no tiene obligacion ninguna de instituirlo ni desheredarlo (1).

(1) Véase más arriba, lib. I, tít. XI.

La madre y los demás ascendientes maternos no están obligados á desheredar. Las mujeres no tenian herederos suyos. El silencio que guardase la abuela ó la madre respecto á los hijos, privábales de la herencia porque equivalia á la desheredacion expresa que hacia el padre. Pero, sin embargo, no quedaba el hijo completamente desatendido, pues existia para dicho caso la querella de inoficiosidad. (Instit., § 7, *eod)*.

TITULO XIV

De la institucion de heredero.

Definicion.—La institucion es la designacion hecha por el testador de aquel ó aquellos que quiere por herederos, es decir, por representantes universales, por las personas que deben ser continuacion de su personalidad jurídica.

I. *¿Cómo debe hacerse la institucion?*

Primera regla.—A tenor del puro y estricto derecho romano la institucion de heredero debia colocarse á la cabeza del testamento *(caput testamenti)*; así es que se consideraba nula cualquiera disposicion que le precediese. (Gayo, C II, § 229.)

Preciso es, sin embargo, consignar dos excepciones: —1° La desheredacion podia preceder á la institucion;—2° Lo mismo sucedia respecto á la dacion de un tutor á los hijos ó descendientes; esta era, por lo menos, la opinion de los Proculeyanos, sobre la que no dejaba de haber alguna controversia. (Gayo, C. II, § 231.)

Justiniano suavizó el rigor del primitivo derecho resolviendo que la validez de una disposicion testamentaria no dependiese ya en lo sucesivo del lugar que ocupara en el testamento. (Instit., § 34, lib. II, tít. XX.)

Segunda regla.—Segun las antiguas formas jurídicas la institucion de heredero debia estar concebida en términos solemnes é imperativos. Por ejemplo: *Titius heres esto.* Era nula sobre todo, la institucion hecha con la fórmula: *Titium here-*

dem facio. Constantino II suprimió la necesidad de los fórmulas solemnes. (L. 15, C., *De testam.*, lib. VI, tít. XXIII.)

II. *¿Quién puede ser instituido heredero?*

El testador puede instituir por sus herederos á aquellos con quienes tenga faccion de testamento (Ulpiano, Reg., tít. XXII, § 1.)

El derecho de instituir heredero se ha designado por los intérpretes con la expresion de *testamenti factio activa*, en oposicion á la *testamenti factio pasiva*, que no es más sino el derecho de ser instituido heredero.

I. No pueden ser instituidos por no tener la *testamenti factio pasiva*:

1° Los peregrinos, los deportados y los dediticios (Ulpiano, § 2);

2° Los esclavos sin dueño y aquellos cuyo señor no podria ser tampoco instituido por el testador (1);

3° Las personas *inciertas*, esto es, aquellas de quienes el testador no puede tener idea bien determinada. Diríase incierta, por ejemplo, la institucion cuando el testador hubiese instituido al primero que acuda á los funerales (Ulpiano, tít. XXII, § 4; Gayo, C. II, § 238). Por el contrario, no se tendrá por incierta á la persona que se designe diciendo: el *primero de mis parientes* que vaya á mis funerales, porque yo puedo tener idea determinada y precisa de todos mis parientes. Y conviene observar que no es necesario que conozca el testador la persona á quien instituye; podrá, por consiguiente, instituir con perfecta validez á una persona que no haya visto nunca, por ejemplo, los hijos de un hermano nacidos en el extranjero (Instit., § 12, lib. II, tít. XIV). Esta regla tuvo una excepcion favorable á los póstumos suyos (2). Justiniano dispuso que en adelante podria instituirse á una persona incierta mediante que fuese reconocida. (Instit., §§ 25, 27, lib. II, tít. XX);

4° Los municipios y sus colegios *quoniam incertus corpus est*

---

(1) Véase más adelante, p. 255 y sig.

(2) Véase más arriba, p. 246, y sig.

(Ulpiano, § 5). Esta regla fué derogada por el Emperador Leon. (L. 12, C., *De hered. instit.*, lib. VI, tít. XXIV);

5º Los templos, salvas algunas excepciones enumeradas por Ulpiano (§ 6). Desde Constantino se consideró válida la institucion hecha en favor de una iglesia. (L. 1, C., *De sacrosanct. eccl.*, lib. I, tít. II);

6º Las mujeres, en virtud de la ley *Voconia*. Esta ley, que data del año 585 de Roma, resolvió que las mujeres no pudiesen ser instituidas por un ciudadano romano de los que figuraban en primera clase en el censo, esto es, por un testador que poseyere más de 100.000 ases. (Gayo, C. II, § 274) (1).—Debemos advertir que la ley *Voconia* no afectaba, sin embargo, á la capacidad de las mujeres para recibir por actos entre vivos y suceder *abintestato*. Esta ley se derogó en la época de Justiniano (2).

7º Los apóstatas y los herejes. (L. 4, § 2, C., *De heretic.*, libro I, tít. V.)

II. Hay otras personas que pudiendo ser válidamente instituidas no gozan, sin embargo, de la facultad de recoger el beneficio de la institucion, ya en totalidad, ya en parte. Se ha hecho, pues, una distincion entre la *testamenti factio* y el *jus capiendi ex testamento*; distincion muy interesante, porque la *testamenti factio* era preciso en todos casos, bajo pena de nulidad de la institucion, que concurriera en el instante de la

---

(1) ¿Prohibia la ley Voconia instituir heredera á la mujer junto con uno ó varios herederos, de tal suerte que por la particion de la herencia no pueda ella recoger más que la porcion fijada? Háse controvertido la cuestion entre los modernos comentaristas. Creemos que la prohibicion debia ser absoluta, porque premuriendo, repudiando la herencia ó siendo incapaces los coherederos de la mujer, ésta, por efecto del derecho de acrecer, vendria á poseer el todo; seria un llamamiento á la universalidad de los bienes, lo cual manifiestamente trata de prohibir la ley. *Sic.* Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 74 y 75.—Tambien nosotros opinamos con Lyon-Caen, *sur* Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 396, y con la mayor parte de los intérpretes, en oposicion á la nueva teoría expuesta por Accarias en la segunda edicion de su excelente tratado de derecho romano (nº 328, p. 780, nota 1), que tan absoluta era la prohibicion de la ley Voconia como que impedia al testador perteneciente á la primera clase instituir á su propia hija, aunque fuese en una parte igual á su legítima.

(2) Véase para más pormenores acerca de la ley Voconia, Vangerow, *Ueber die lex Voconia*; Giraud, *Du vrai caractère de la loi Voconia chez les Romains*; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. I, nº 328, p. 780, nota 1.

confeccion del testamento, al paso que el *jus capiendi* podia realizarse ya en la época de la muerte del testador si la institucion era pura y simple, ya en el dia de cumplirse la condicion, ó dentro de los cien dias siguientes si la institucion era condicional.

1° La ley *Junia Norbana* privó en absoluto del *jus capiendi* á los latinos-junianos; pero extinguida esta clase en tiempo de Justiniano, ya no hubo motivo para esta prohibicion. (Ulpiano, Regl., tít. XXII, § 3.)

2° Los célibes (*cælibes*), entendiendo por tales á todos los individuos no casados, ya fueran viudos, ya divorciados, tenian impuesta la misma incapacidad por la ley *Julia*. (Ulpiano, *ibid.*).

3° Los *orbi*, ó sean aquellos que á pesar de ser casados no tenian por lo ménos un hijo legítimo vivo, no podian, segun la ley *Papia Poppæa*, recoger más que la mitad de las liberalidades testamentarias que se les hubiesen otorgado. (Gayo, C. II, § 286.)

Las incapacidades declaradas contra los célibes y las personas que á pesar de vivir en matrimonio no tenian prole, formaban parte de un sistema de disposiciones encaminadas á fomentar las uniones. Las leyes *Julia* y *Papia Poppæa*, conocidas con el nombre de leyes *caducarias*, fueron derogadas por los hijos de Constantino. (L. 1, C., *De inf. pœn. cœlib.*, libro VIII, tít. LVIII) (1).

En la época de Justiniano habia desaparecido completamente de la legislacion la diferencia entre la *testamenti factio* y el *jus capiendi*. (Instit., § 4, lib. II, tít. XIX.)

Institucion de los esclavos.—Puédese instituir á un esclavo que se tenga en propiedad *plena*, al esclavo tenido en *nuda* propiedad, al esclavo del que uno sea co-propietario por indiviso, al esclavo perteneciente á un tercero, al esclavo que pertenece á una herencia yacente, al esclavo poseido por varios señores.

1° El testador instituye á un esclavo de quien es nudo propietario.—En virtud de las leyes justinianeas la institucion

(1) Véase, además, sobre las leyes caducarias, *infra*, lib. II, tít. XX.

entraña en sí misma la manumision tácita. Si la dacion de la libertad es imposible no será válida la institucion del esclavo. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XIV.)

No podrá instituir ni emancipar á su esclavo la mujer acusada de haber cometido adulterio con él; prohibicion fundada en razones de decencia y buenas costumbres. (Instit., *ibid.*).

Cuando el esclavo instituido ha continuado bajo la potestad del testador hasta la muerte del último, viene á ser al mismo tiempo libre y heredero necesario. Si, por el contrario, fué manumitido en vida del testador, como el testamento no le defiere simultáneamente la libertad y la herencia, no es ya un *heres necessarius*; puede, si así le place, hacer adicion de la herencia (*suo arbitrio adire hereditatem potest*). Si el esclavo instituido ha sido enajenado por el testador, la manumision queda con esto revocada y el esclavo adquiere la herencia en beneficio de su nuevo dueño, en virtud de la adicion que hace por mandato suyo. (Instit., § 1, *eod.*).

2º Un testador instituye al esclavo sobre quién tiene la nuda propiedad.—Segun el derecho de Justiniano esta institucion es válida, pero el esclavo queda obligado á servir al usufructuario durante todo el tiempo por que se hubiese constituido el usufructo (*salvo jure fructuarii*). Al morir el usufructuario el esclavo se hace libre y recoge por sí mismo el beneficio de la herencia. (L. 1, C., *Comm. de manum.*, lib. VII, tít. XIV.)

3º Un testador instituye á un esclavo del cual es propietario por indiviso. En el derecho de Justiniano es preciso distinguir si el esclavo comun ha sido instituido *cum libertate* ó *sine libertate.* En el primer caso el esclavo queda libre y heredero necesario del difunto, pero deberá indemnizar á los demás co-propietarios. En el segundo caso se ha de resolver una cuestion de intencion: ¿ha querido el testador manumitir al esclavo? ¿Ha querido, por el contrario, que la herencia pasase á sus co-propietarios? En esta duda la presuncion se inclina del lado de la manumision.

4º Un testador instituye á un esclavo perteneciente á un tercero.—El beneficio de la institucion aprovechará en la mayor parte de los casos á una persona desconocida, pues el esclavo puede cambiar de señor despues de la confeccion del

testamento; entónces la institucion de heredero *ambulat cum servo*, es decir, que se trasfiere, junto con el esclavo, al dueño que le dé órden de adir la herencia. (Instit., § 1, lib. II, título XIV).—Cabe la posibilidad de que sea el testador quien adquiera la propiedad del esclavo ajeno á quien habia instituido, y en este caso se anulará la institucion.

5° Un testador instituye al esclavo de una herencia yacente.—El testador puede instituir á un esclavo que forma parte de una herencia no aceptada todavía. La herencia yacente sostiene la persona del difunto (*sustinet personam defuncti*) (1).

Exígese una sola condicion, y es que el testador haya tenido faccion de testamento con el difunto (Instit., § 2, eod.); importando poco que no la tenga luego con el heredero futuro. Hé aquí cómo puede llegar el caso de que el testador tenga faccion de testamento con el difunto, y que no la tenga con el heredero futuro. Bastará un ejemplo. El dueño fallecido era militar, y en tal supuesto, pudo instituir heredero á un peregrino; muere aquél y queda su herencia yacente. En esta situacion, un ciudadano romano instituye por su heredero á un esclavo perteneciente á la indicada herencia. Esta institucion será válida por más que el testador no tenga la *testamenti factio* con el peregrino.

6° Un testador instituye á un esclavo poseido por varios dueños.—En este caso, el esclavo adquiere la herencia para cada uno de los señores por cuyo mandato ha hecho adicion, proporcionalmente á los derechos de propiedad que tengan sobre dicho esclavo. (Instit., § 3, eod.)

III ¿*Cómo puede repartirse la herencia entre varios instituidos*?

El testador puede instituir un solo heredero ó varios, tantos como quiera hasta un número infinito. (Instit., § 4, eod.) Sin embargo, una ú otra de las instituciones ha de comprender necesariamente la herencia entera, puesto que no puede

(1) Véase sobre el sentido y la importancia práctica de la regla «*hereditas sustinet personam defuncti*,» Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 410 447.

un testador morir *parte testado* y *parte intestado*. Es imposible que concurran á un mismo tiempo herederos *testamentarios* y herederos *ab intestato*. Entre los romanos, el heredero es el continuador de la persona del causante y la persona no puede separarse ni dividirse. Debe, pues, ser llamado el heredero á la universalidad de bienes del difunto, sin que por esto sea una negacion de este principio la facultad de instituir varios herederos á la vez. Si los llamados á suceder aceptan, se divide la herencia en igual número de porciones; pues así lo exige la concurrencia y oposicion de derechos iguales puestos en rivalidad.

Esta idea se ofrece más evidente cuando el mismo testador ha cuidado de señalar por sí mismo la parte que á cada uno de los herederos corresponde. Esta designacion, sin embargo, no es absoluta puesto que puede suceder que rechacen la herencia todos los herederos *ménos uno*, y en tal caso, este último que acepta recoge la totalidad de la herencia por más que la institucion no le llamara sino á una parte. (Instit., § 5, eod.)

De suerte que la herencia puede corresponder á uno sólo ó dividirse entre varios. Veamos ahora cómo se procedia en caso de tener que hacerse la particion.

Division de la herencia.—La division generalmente admitida era la que partia del *as* como unidad, y así decir que un heredero era instituido *ex asse*, tanto valia como decir que se le llamaba á la totalidad de la herencia. El *as* se dividia en doce partes iguales y cada una de ellas se llamaba onza (*uncia*). Esta determinacion legal del valor de la onza, nada tiene, como veremos, que se imponga á la voluntad del testador. Hé, aquí, segun las Institutas (§ 5, eod.), las palabras con que se designaban las diversas fracciones del as:

Uncia.........	$^1/_{12}$	del as...........	1 onza.
Sextans.......	$^2/_{12}$	—	2 onzas.
Quadrans......	$^3/_{12}$	—	3 onzas.
Triens........	$^4/_{12}$	—	4 onzas.
Quincunx.....	$^5/_{12}$	—	5 onzas.
Semis.........	$^6/_{12}$ ó $^1/_2$	—	6 onzas.
Septunx.......	$^7/_{12}$	—	7 onzas.

Bes	$^{8}/_{12}$ ó $^{2}/_{3}$	—	....	8 onzas.
Dodrans	$^{9}/_{12}$ ó $^{3}/_{4}$	—	....	9 onzas.
Dextans	$^{10}/_{12}$ ó $^{5}/_{6}$	—	....	10 onzas.
Deunx	$^{11}/_{12}$	—	....	11 onzas.
As			....	12 onzas.

De manera que si un testador ha instituido dos herederos asignando á uno de ellos 3 onzas sin mencionar la parte que deba tener el otro, se reputará ser esta parte las 9 onzas restantes.

El testador queda, sin embargo, en libertad de adoptar otra division. Esto sucede en los siguientes casos:

1° El testador ha distribuido *ménos* de las 12 onzas, como por ejemplo: ha instituido dos herederos, *Primus* en 7 onzas y *Secundus* en 3. La onza se sustituye al *as* como unidad; la herencia total se compone de 10 onzas, tomando *Primus* $^{7}/_{10}$ y *Secundus* $^{3}/_{10}$.

2° El testador ha distribuido *más* de 12 onzas, por ejemplo, instituyendo dos herederos, á *Primus* en 9 onzas y á *Secundus* en 7; la herencia se partirá en 16 onzas, tomando *Primus* $^{9}/_{16}$ y *Secundus* $^{7}/_{16}$.

3° El testador ha nombrado tres herederos, *Primus* en 7 onzas, *Secundus* en 5 y *Tertius* sin asignacion de parte. En este caso supónese que tuvo el testador la intencion de dividir su herencia en dos ases ó sean 24 onzas, y el heredero á quien no se asignó parte determinada, tenia 12 onzas, ó sea la mitad de la herencia. Si el testador ha distribuido más de 24 onzas, se considera entónces dividida la herencia en 36 onzas. (Instit., §§ 6-9, eod.)

Cuando el testador ha instituido conjuntamente (*conjunctim*) varios herederos, aquellos que aparecen comprendidos en una misma disposicion, se computan por uno sólo. Ejemplo: dice el testador: *Primus heres esto*; y luego, *Secundus et Tertius heredes sunto;* la herencia no se partirá en tres, sino en dos partes, de las cuales, una corresponderá á *Primus* y la otra á *Secundus* y *Tertius*. (L. 50, § 2, D., *De hered. inst.*, lib. XXVIII, tít. V.)

IV. *Modalidades que pueden ó no pueden acompañar á la institucion.*

De la condicion (1).—La institucion de heredero hácese por lo comun *pura y simplemente* (*pure*), pero la voluntad del testador puede subordinarla á la realizacion de un suceso futuro é incierto. Entónces se llama institucion *condicional* (*sub conditione*). (Instit., § 9, eod.) Esta institucion condicional no se opone, con todo, al principio de que no se puede morir parte *testado* y parte *intestado*. Durante todo el tiempo que tarda en realizarse la condicion, la herencia no se defiere á nadie (*jacens hereditas.*) Los herederos *ab intestato*, sólo llegan á la herencia cuando ya no queda esperanza ninguna de que haya heredero testamentario. Si la condicion se realiza, el heredero es considerado como si lo hubiera sido desde la muerte del testador; si la condicion falta, la institucion se desvanece y se supone que la sucesion ha sido *intestada* (2). Preciso es tener en cuenta que nos referimos tan sólo á la condicion suspensiva. La resolutoria no se admite de ninguna manera en la institucion de heredero, porque destruiria el principio de que siendo una vez heredero es imposible dejar de serlo (*semel heres semper heres.*)

De la condicion imposible, contraria á las leyes y á las buenas costumbres. Ejemplo: *Titius heres esto si cœlum digito tetigerit ó si homicidium fecerit.* En materia de obligaciones ó convenciones entre vivos, esta clase de condiciones lleva consigo la nulidad radical de la obligacion. En materia de testamento, se reputan por no escritas (*pro non scriptis habentur*), y no son obstáculo para que la institucion sea pura y simple. Tal era, por otra parte, la opinion de los sabinianos que al fin prevaleció contra la resistencia de los proculeyanos. Justifícase la diferencia por los motivos siguientes: 1°, las convenciones entre vivos, pueden ser reformadas, al paso que el testamento de una persona fallecida es un acto definitivo; 2°, el contra-

(1) Comp. sobre la condicion en las obligaciones, *infra*, lib. III, tít. XIII.

(2) Véase sobre los efectos de la condicion suspensiva en las instituciones de heredero, Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 431 y sig.; 438 y sig.

yente que en un acto entre vivos ha consentido que se deslizara en el contrato una cláusula ilícita, contraria á las leyes ó á las buenas costumbres, es culpable de negligencia, y debe, por lo tanto, sufrir las consecuencias que se le siguen. Por el contrario, el instituido no ha tenido parte en la confeccion del testamento y no seria justo que sufriera el quebranto de una falta que sólo al testador fué debida.

¿Qué sucede si el testador ha subordinado la institucion á varias condiciones?—¿Las impuso conjuntamente (*conjunctim*) como por ejemplo: si se hace tal *y* tal cosa? Pues será preciso que se cumplan todas las condiciones impuestas. ¿Las impuso alternativamente (*disjuntim*) diciendo, por ejemplo, si se hace tal *ó* tal cosa? Pues en tal caso es indiferente que se cumpla una ú otra de las condiciones. (Instit., § 11, eod.)

Del término.—El término es cierto é incierto (1).

Del término cierto (*dies certus*).—Es aquel que llega en un plazo fijo que puede calcularse de antemano y con toda seguridad. El término cierto puede afectar á la institucion de dos maneras distintas; ó bien la institucion se hace *ex certo die*, esto es, á partir de un tiempo determinado, ó bien se hace *ad certum diem*, esto es, hasta un tiempo fijo. Ya se comprende que reconociendo la validez de tales cláusulas se violaría la regla: *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, de suerte que se considera el término cierto como *no escrito*, y la institucion adquiere todos los efectos que tendria si se hubiera hecho pura y simplemente. (Instit., § 5, *in fine*.)

Diferencia entre el término y la condicion.—Cuando la institucion es condicional no hay nada fijado de antemano; existe una incertidumbre que se prolonga todo el tiempo que tarda en realizarse la condicion. A cada paso puede la condicion cumplirse ó puede tambien faltar, y con ella la institucion. Por el contrario, cuando esta se hizo subordinada á un término no hay incertidumbre alguna acerca de los efectos de la disposicion ni sobre la existencia misma del derecho. Sábese con certeza que ya sea durante cierto plazo, ya sea desde una época determinada, faltará el heredero testamentario.

(1) Véase acerca los efectos del término en las obligaciones, *infra*, lib. III, título XIII.

Del término incierto (*dies incertus*).—El término incierto es el que debe llegar necesariamente, pero dentro de un plazo más ó ménos próximo que no puede calcularse con exactitud. Por ejemplo: la muerte de un tercero. En las disposiciones testamentarias el término incierto se considera como una condicion (*dies incertus conditionem in testamento facit*) (1).

TÍTULO XV.

De la sustitucion vulgar.

Cuatro son las especies de sustituciones:
Sustitucion vulgar.
Sustitucion pupilar.
Sustitucion ejemplar ó cuasi-pupilar.
Sustitucion fideicomisaria.

I. *Sustitucion vulgar.*

Definicion.—Es aquella sustitucion por la cual el testador, temiendo morir intestado, designa, despues de haber instituido heredero, y para el caso de que el nombrado no pueda ó no quiera recibir la herencia, una ó varias personas que la reciban. Así cuando el testador ha escrito: *Titius heres esto, si Titius heres non erit, Seius heres esto, Titius*, que viene llamado en primer lugar, es el instituido propiamente dicho, y *Seius* que es el segundo en órden, es el sustituto vulgar. Llámase *vulgar* esta clase de sustitucion, por ser la más generalmente usada. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XV.)

El testador tiene la facultad de hacer, una despues de otra, todas las sustituciones que quiera. En último grado y subsidiariamente puede llamar á la herencia uno de sus esclavos, que será su heredero necesario. (Instit., *ibid.*)

(2) Véase sobre el alcance de esta regla: «*Dies incertus conditionem in testamento facit*,» M. Machelard, *Rev. de legislat.*, 1823, p. 235 y sig.

Diversos modos de hacer la sustitucion.—El testador puede nombrar un sustituto á un instituido, ó un sustituto á varios intituidos, ó varios sustitutos á un solo instituido. Tambien puede instituir entre sí á los mismos instituidos *(vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt)*. (Inst. § 1, eod.)

Efecto de la sustitucion de los instituidos entre sí.—Esta sustitucion recíproca tiene por objeto que recojan la porcion correspondiente al heredero que no llega á la herencia, los demás herederos que se hallen ser tales en el momento de faltar aquel. Pero en ausencia de toda sustitucion, ¿no produciria igual resultado el derecho de acrecer?

Utilidad de la distincion entre el derecho de acrecer (jus accrescendi) y *el derecho de sustitucion (jus substitutionis)*.

Bajo el imperio de las leyes caducarias, las partes caducas solo se devolvian en virtud del derecho de acrecer á una determinada clase de personas, á los herederos que fuesen *patres*, y en su defecto al fisco. La sustitucion tenía por objeto evitar los efectos de esta rigorosa disposicion y procurar que se aprovecharan de la parte caduca todos los herederos indistintamente, áun aquellos que no eran *patres*.

La utilidad de la indicada distincion no desapareció, sin embargo, al abolirse las leyes caducarias. La sustitucion es una institucion condicional, una *nueva causa* de adquisicion que requiere en el momento en que se produce, condiciones de capacidad en la persona del que ha de resultar favorecido por la caducidad de una de las instituciones, al paso que el derecho de acrecer no es más que el *desarrollo natural* y *necesario* de un derecho anterior. Ejemplo: supongamos que hay tres herederos: *Primus*, *Secundus*, *Tertius*. *Primus* acepta la herencia y fallece ántes que *Secundus* y *Tertius* hayan tomado su respectiva parte. Más adelante *Secundus* hace adicion de herencia, y *Tertius* la renuncia. No habiendo sustitucion y aplicando el derecho de acrecer, la parte de *Tertius* aprovechará á los herederos de *Primus*, como asimismo á *Secundus*. En caso de haber sustitucion no les reportaria ningun beneficio á los herederos de *Primus* la deficiencia de *Tertius* ocurrida con posterioridad á la muerte del testador. *Secundus* tomará para sí, *jure substitutionis*, la parte caduca que hubiera correspondido á

Tertius (L. 80, D., *De adq. vel om. hered.*, lib. XXIX, tít. II.)

Otra diferencia práctica se presenta en el caso de haber dos herederos instituidos, de los cuales uno sea esclavo. Este último hace adicion por mandato de su dueño *Primus* y adquiere para él la herencia. Más tarde pasa el esclavo bajo la potestad de *Secundus*, y en esta situacion muere el coheredero del esclavo; ¿qué será de la parte caduca? Faltando la sustitucion recíproca deberá pasar *jure accrescendi* á *Primus*, dueño primitivo del esclavo. Por el contrario, si el testador hizo la sustitucion, el nuevo dueño *Secundus* se aprovechará de la porcion caduca. (L. 35, *pr.*; L. 80, § 2, D., *De adq. vel om. hered.*, lib. XXIX, tít. II.)

Por último, algunos autores suponen que el derecho de acrecer es *necesario*, miéntras que la sustitucion es *voluntaria*, y por otra parte que el heredero que ha hecho adicion de la institucion, en primer lugar, tiene la facultad de hacer ó de no hacer uso de la sustitucion (1).

Division de la parte vacante entre los instituidos en el caso de sustitucion recíproca.—No mediando disposicion alguna en opuesto sentido, los herederos se repartirán la porcion vacante proporcionalmente á la parte que á cada uno hubiere correspondido en la institucion. Así, por ejemplo, cuando su testador ha sustituido tres herederos: *Primus* por tres onzas, *Secundus* por cinco; *Tertius* por cuatro, y les sustituye recíprocamente sin fijar las respectivas porciones para el caso de sustitucion (*nullam mentionem in substitutione partium habuerit*) si *Tertius* falta, su parte cuota se dividirá en ocho porciones, de las cuales tres pasarán á *Primus* y cinco á *Secundus*. Son las mismas fracciones que se habian señalado en la institucion (*quas in institutione expresit*). (Instit., § 2, lib. II, tít. XV.)

Explicacion de la regla: *Substitutus substituto censetur substitutus instituto.*—El sustituto del sustituto se considera sustituto del mismo instituido: *Primus* es instituido heredero; *Secundus* instituido tambien es sustituido á *Primus*; *Tertius*

---

(1) *Sic.*, Ortolan, t. II, nº 743-1º.—*Contra*, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 232; Labbé, *a son cours.*—Comp., Demangeat, t. I, p. 651.

no es instituido pero es sustituto de *Secundus*. Aunque literalmente interpretado el testamento *Tertius* no sea más que sustituto de *Secundus* júzgase tácitamente serlo de *Primus*, sin distinguir si los derechos que han caducado en primer término son los del instituido ó los de su inmediato substituto.

Importancia de esta regla.—Esta regla tenía mucha importancia en la época de las *leyes caducarias*. En tiempo de Justiniano conservaba todavia utilidad para el caso en que hubiese un instituido más. Ejemplo: *Quartus* es instituido, pero no substituido. Si pues *Tertius*, *expresamente* sustituido á *Secundus*, lo es *tácitamente* á *Primus*, recogerá él sólo, excluyendo á *Quartus*, la parte caduca de *Primus*. Si *Tertius* no fuese tácitamente sustituto de *Primus* habria lugar á una acrecion que aprovecharia de igual modo á *Quartus* y á *Tertius*.

Exclusion del instituido por el sustituto.—Por regla general síguese para la devolucion de la herencia el órden de las instituciones. El instituido precede al sustituto. Hay, sin embargo, una excepcion introducida por la ley *Ælia Sentia*, referente al esclavo. Si un testador insolvente ha instituido *en primer término* á un esclavo, nombrándole varios sustitutos, el esclavo queda postergado á éstos, de suerte que sólo entrará en la herencia cuando haya sido renunciada por todos los sustitutos (L. 57, D., *De hered. instit.*, lib. XXVIII, tít. V.)

Concurrencia entre el heredero y el sustituto.—En algunos casos excepcionales el sustituto concurre con el instituido. Citaremos sólo dos ejemplos: 1° El testador instituye á *Titius*, ordenándole que haga *crecion*, pero sin pronunciar una formal desheredacion que sancione su voluntad; únicamente le sustituye á *Secundus* para el caso de que no hiciera crecion. *Titius* no la hace, mas no por esto deja de ser heredero; el sustituto reclama el beneficio de la sustitucion, cuya condicion se ha cumplido, puesto que se hizo para el caso de no tener lugar la crecion por parte del heredero. Entónces habrá de partirse la herencia entre instituido y sustituto (*ambo æquis partibus heredes fiebant*) (Gayo, C. II, § 177). Conviene observar que la expresada regla dejó de aplicarse bajo el reinado de Marco-Aurelio, quien resuelve que corresponde

al instituido la totalidad de la herencia (Ulpiano, *Reg.*, título XXII, § 34). 2º El testador creyendo que *Parthénius* es libre cuando en realidad es esclavo de otro, le instituye por heredero, y nombra como sustituto á *Mœvius. Parthénius* hace adicion de la herencia por mandato de su dueño, con lo cual parece quedar excluido *Mœvius*. Sin embargo, éste puede sostener que la condicion bajo la que se le nombró sustituto se ha realizado ya, puesto que si el instituido llegó á tomar la herencia fué bajo distinto concepto del que tenía el testador al ordenar su voluntad. Tiberio resolvió la dificultad concediendo al heredero la mitad de la herencia y al sustituto la mitad restante (*substitutus in partem admittitur*). (Instit., § 4, libro II, tít. XV.)

TÍTULO XVI.

II. De la sustitucion pupilar.

Definicion.—La sustitucion pupilar es la institucion de un heredero hecha por el padre de familia en su propio testamento para la herencia del hijo que tiene bajo su potestad, previendo el caso de que este hijo, *sui juris* á la muerte del padre, muriese ántes de llegar á la pubertad (*moribus institutum est ut, cum ejus œtatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant*). Ejemplo: Que *Titius*, hijo mio, sea mi heredero; y si no fuese mi heredero, ó llegase á serlo, pero falleciese ántes de la pubertad, sea heredero *Seius*. (Instit., pr., lib. II, tít. XVI.)

¿Quién puede ordenar una sustitucion pupilar?—El derecho de hacer una sustitucion pupilar corresponde únicamente al padre de familia; es un atributo de la pátria potestad que no puede ser propio de la madre ni de los ascendientes que no ejercen aquel poder.

¿A qué clase de personas se refiere la sustitucion pupilar?—A los hijos ó nietos que se hallan bajo la inmediata

potestad del testador (*quos in potestate quis habet*), y que á la muerte del mismo deberán ser *sui juris*. Los póstumos, propiamente dichos, y los veleyanos, se hallan en el mismo caso que los hijos ya nacidos (L. 2, D., *De vul. et pup. subst.*, libro XXVIII, tít. VI).—*Observaciones:* 1ª La sustitucion pupilar no se aplica jamás á los hijos emancipados. 2ª El padre de familia puede sustituir pupilarmente al hijo á quien hubiese desheredado. (Instit., § 4 *eod.*)

¿Qué condiciones se requieren?—El padre de familia no puede hacer sustitucion pupilar, es decir, el testamento de su hijo, sin que al mismo tiempo haga el testamento de su propia herencia (*nisi et sibi faciat*), porque el testamento pupilar es parte y continuacion del testamento del padre (*pars et sequela*). Este principio entraña la consecuencia de que si el testamento del padre se invalida (*non valeat*), extínguese al propio tiempo la sustitucion pupilar (*nec valebit*) (Instit., § 5, lib. II, tít. XVI); pero si por algun modo el testamento conservase algun efecto, ya sea por el derecho civil, ya por el derecho pretoriano, subsistirá válida y eficaz la substitucion pupilar. Bajo este concepto, pues, cabe decir que hay un solo testamento, y en realidad tal es el punto de vista más culmimante.

Pero examinada la cuestion bajo distintas fases, aparecen dos testamentos, porque la herencia del hijo puede á las veces presentarse con individualidad propia. (Instit., § 2, *eod.*). Así, pues, el testador tiene facultad de otorgar desde luego su propio testamento y hacer la sustitucion despues de transcurrido largo espacio de tiempo; tambien puede ser *verbal* el testamento del padre y *nuncupativo* el del hijo, etc.

Observacion.—Cuando el testador no quiere dar á conocer anticipadamente las disposiciones con que ha ordenado la sustitucion pupilar, á fin de no exponer á ciertas contingencias la vida del pupilo, puede tomar algunas precauciones, como por ejemplo, dejar cerrada la parte del testamento que contiene la sustitucion pupilar, disponiendo que no se descubra dicha parte hasta que muera el hijo. (Instit., § 3, *eod.*).

¿De qué manera puede hacerse la sustitucion pupilar?—El testador que tiene varios hijos impúberes puede ha-

cer una sustitucion pupilar para cada uno ó una sola para el último de los hijos que muera impúber; en el primer caso ninguno de los hijos morirá intestado; en el segundo se sucederán recíprocamente *jure legitimarum hereditatum*, y el sustituto encontrará reunidas en la herencia del último impúber fallecido las herencias de todos los demás. (Instit., § 6, *eod.*)

Causas de invalidacion, propias de la sustitucion pupilar.—La sustitucion pupilar queda extinguida: 1°, si el hijo, despues de haber pasado á ser *sui juris* á la muerte del padre, muere ya púber, esto es, despues de los doce años si es hembra y de los catorce si es varon (*si hoc tempus excesserint.* Instit., § 8, *eod.*); 2°, si el hijo muere con anterioridad al testador; 3°, si el hijo sufre una *capitis deminutio* cualquiera, ya fuese ántes, ya despues de la muerte del testador; 4°, si el sustituto descuidase pedir tutor para el impúber dentro del año siguiente á la muerte del testador. (L. 10, C., *De legit. hered.*, lib. VI, tít. LVIII.)

III. *Sustitucion ejemplar y cuasi-pupilar.*

Cuando el padre de familia tiene un hijo púber, pero privado de razon (*furiosus*), puede fundadamente abrigar el temor de que, por efecto de aquel estado de demencia, muera el hijo sin testamento. Con anterioridad á Justiniano érale preciso al padre de familia para otorgar el testamento del hijo en el caso citado, que le concediera el Emperador una especial autorizacion. Justiniano, por medio de una constitucion inserta en el Código, introdujo en favor de las personas *mente captis* una sustitucion análoga á la sustitucion pupilar (*ad exemplum pupillaris substitutionis*), que por esta razon ha sido llamada por los comentaristas sustitucion *ejemplar* ó *cuasi-pupilar*. (Instit., § 1, *eod.*; L. 9, C., *De impub. et aliis subst.*, lib. VI, tít. XXVI) (1).

---

(1) Juzgamos con la mayor parte de los intérpretes (V. sobre todo Van Wetter, t. II, § 329, p. 308), que el ascendiente tiene facultad para sustituir, respecto de todos los bienes componentes la herencia del descendiente mentecato, y no sólo de los que le ha trasmitido. V. con todo, en contrario sentido, Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 456, anm.; Namur, t. II, § 410, p. 194 (2ª edic.); Demangeat, t. I, p. 678; Maynz, t III, § 469, p. 329, texto y nota 5.

Diferencia entre la sustitucion pupilar y la sustitucion ejemplar ó cuasi-pupilar.—1º El derecho de sustituir pupilarmente es propio y exclusivo del padre de familia; por el contrario, la sustitucion *ejemplar* puede hacerla cualquier ascendiente paterno ó materno (Instit., § 1, *eod.*). 2º En la sustitucion pupilar el padre de familia escoge libremente al heredero que pretende nombrar para su hijo impúber; en la sustitucion ejemplar el ascendiente sólo podrá escoger entre cierto número de personas (*certas personas substituere*). Para ello deberá buscar, ante todo, sustituto entre los hijos del demente; si no los tuviera, entre los hermanos ó hermanas del mismo, y sólo en falta de tales personas podrá nombrar á cualquiera otra. (Instit., *ibid.*) (1). 3º La sustitucion pupilar se desvanece desde que alcanza el hijo la edad de la pubertad, al paso que la sustitucion ejemplar sólo queda extinguida cuando el hijo recobra sus facultades mentales (*sin autem resipnerit, eamdem substitutionem infirmari.* (Instit., § 1, lib. II, tít. XVI.)

IV. *Sustitucion fideicomisaria.*

El testador que ha instituido á un extraño (*extraneus*) púber ó impúber ó á un hijo suyo púber (*filio puberi*), puede, luego de haberle autorizado para gozar de todos los bienes que compondrán su herencia, encomendarle que traspase á determinada persona la totalidad ó parte de la herencia que le ha legado. Si el término que se fija para la restitucion es la muerte del instituido, habrá una sustitucion fideicomisaria. (Instit., § 9.)

Diferencia entre la sustitucion fideicomisaria y la sustitucion pupilar.—El sustituto pupilar es el heredero del pupilo y hace suyos todos los bienes que forman parte del cuerpo hereditario. El fideicomisario no es asimismo heredero del que viene gravado de restitucion; sucede al mismo testador y recoge en la sucesion del primero sólo aquellos bienes que

---

(1) Algunos autores opinan que á falta de descendientes, el padre tiene la facultad de nombrar un extraño. V. principalmente Maynz, t. III, § 470, p. 335, texto y nota 7.

provienen del testador. De donde resulta que pudiendo un testador dar sustituto pupilar áun al hijo á quien deshereda, sólo puede hacer un fideicomiso á condicion de instituir á la persona con él gravada.

TÍTULO XVII.

Por qué modos se invalidan los testamentos.

Un testamento válido en su orígen (*jure factum*) puede invalidarse por causas posteriores; así el testamento puede quedar *roto* ó en otros casos *inútil*. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XVII.)

I. *¿Cuando se tendrá por* roto (ruptum) *el testamento?*

1º Por la agnacion ó quasi-agnacion posterior de un heredero suyo á quien no se hubiese instituido ni desheredado legalmente. (Instit., § 1, *eod.*)

2º Por la confeccion de un testamento posterior. No es posible que subsistan dos testamentos, pues cada uno de ellos debe disponer de la universalidad hereditaria. Mas para que se invalide el primer testamento preciso es que se haya otorgado el segundo legalmente *(jure perfectum)* y con todos los requisitos de forma y capacidad. Tan luego como exista este segundo testamento el primero queda invalidado; sin que obste la circunstancia de que más adelante aquel llegue á ser ineficaz ó sea nulo, caso que puede ocurrir, por ejemplo: cuando en este segundo testamento el testador ha instituido un heredero bajo condicion, pues si esta no se cumple se anula el testamento, sin que recobre su eficacia el que se otorgara primitivamente. La herencia se deferirá, pues, *ab-intestato* (Instit., §§ 2, 3, *eod.*)

II. *¿Cuándo el testamento será inútil* (irritum)?

Por la capitis-deminutio del testador (*capite deminutus sit*). (Instit., §§ 4, 5, *eod*). Preciso es observar, sin embargo, que un testamento, áun declarado inútil por virtud de la capitis-deminutio, no quedará desprovisto de todos sus efectos (*non tamen per omnia inutile*). Si aparece autorizado con los sellos de los siete testigos, el heredero instituido podrá, sin duda, obtener la posesion de bienes *secundum tabulas*, á condicion, sin embargo, de que vuelva el testador á su primer estado ántes de la muerte, recobrando la capacidad de que gozó al tiempo de otorgar el testamento. (Instit., § 6, *eod.*)

El beneficio de la posesion de bienes *secundum tabulas* puede generalizarse y extenderse á los casos en que el testamento quedare roto (*ruptum*). (Gayo, C. II, § 147.)

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

La libertad concedida por la ley de las Doce Tablas al padre de familia para disponer sin restriccion ninguna de su patrimonio, habia quedado en parte limitada por la necesidad que impusieron los Prudentes de instituir ó desheredar á los herederos suyos. Esta limitacion, era, sin embargo, ineficaz, pues el padre de familia tenía siempre la facultad de desheredar á sus hijos, aunque para ello no le asistiese justa causa; facultad, por cierto, excesivamente ámplia, y que pugnaba con el sentimiento de equidad. Los lazos de familia imponen ciertos mútuos deberes á las personas unidas en parentesco; deberes que han recibido su sancion por medio de la *querela inofficiosi testamenti*. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XVIII.)

Definicion.—Llámase *inoficioso* aquel testamento que, si bien se halla coforme con las reglas del derecho, es opuesto á

los sentimientos y obligaciones que nacen de las relaciones familiares (*quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*).

Llámase *querella de inoficiosidad* (*querela inofficiosi testamenti*), la accion que se concede á los herederos legítimos para pedir que se pronuncie la invalidacion de un testamento inoficioso.

La querella de inoficiosidad se funda en una ficcion. Presúmese que si el testador desconoció de tal suerte los deberes del parentesco, fué porque no se hallaba en su cabal juicio en el momento de disponer su postrera voluntad, y bajo tal supuesto se anula el testamento inoficioso como hecho en estado de alienacion mental (1).

El orígen de la *querela inofficiosi testamenti* no debemos buscarle, como pretende Cuyacio, en cierta ley *Glitia*, sino en la jurisprudencia del Tribunal de los centumviros (2).

¿QUIÉN PUEDE INTENTAR LA QUERELLA DE INOFICIOSIDAD?

El derecho de atacar como inoficioso un testamento corresponde:

1° A los descendientes contra el testamento de cualquier ascendiente.

2° A los ascendientes (*parentes*) contra el testamento de sus descendientes. Las dos citadas clases de personas pueden promover la querella de inoficiosidad contra cualquier instituido.

3° A los hermanos y hermanas.—*Primera observacion.* La querella de inoficiosidad concedióse primitivamente sólo á los hermanos y hermanas germanos y agnados (L. 1, C. Theod., *De inoff. test.*, lib. II, tít. XIX). Justiniano la hizo extensiva á los hermanos y hermanas consanguíneos, fuesen ó no agnados (L. 27, C. *De inoff. test.*, lib. III, tít. XXVIII). Solamente los hermanos y hermanas uterinos quedan privados de la querella de inoficiosidad (Instit., § 1, lib. II, tít. XVIII).—*Se-*

---

(1) Véase Brocher, *Étud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 80 y sig.

(2) Sic. Savigny, *System.*, t. I, § 12, n. C.; Bethmann-Hollweg, *Civil prozess*, § 23; Puctha, *Institutionen*, § 311; Brocher, ob. cit., p. 81; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (2ª edic.), t. 1, n° 353, p. 843, nota 1ª; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 450, p. 234, y § 473, p. 359, texto y nota 10.

gunda observacion. Para que se permita á los hermanos y hermanas intentar la querella de inoficiosidad contra un testamento, es preciso que el testador haya instituido á personas viles ó señaladas con la nota de infamia (*turpibus personis scriptis*). No há lugar, pues, á la querella cuando en el instituido no concurre la expresada circunstancia. (Instit., *ibid*).

Respecto á los colaterales más lejanos háse creido que los deberes de afeccion natural no eran bastantes á justificar que se les concediese la querella de inoficiosidad. (Instit. *ibid*).

¿A QUIEN INCUMBE LA OBLIGACION DE PROBAR LA INOFICIOSIDAD DEL TESTAMENTO?

Si promueve la querella un descendiente él es quien debe probar la inoficiosidad, esto es, la injusticia de la desheredacion ó de la omision (1).

Si por el contrario promuévela un ascendiente, la inoficiosidad se presume, y por lo tanto es el instituido quien debe probar los justos motivos de la desheredacion ú omision. (L. 28, C., *De inoff.*, lib. III, tít. XXVIII) (2).

Al principio el tribunal competente para conocer de las querellas de inoficiosidad, era el de los centumviros; más tarde pasó este asunto á la jurisdiccion de los pretores.

¿A QUÉ CONDICIONES SE HALLA SUJETO EL EJERCICIO DE LA QUERELLA DE INOFICIOSIDAD?

1° La *querela inofficiosi testamenti* es un recurso extraordinario, y como tal se otorga sólo en defecto de otro medio contra el testamento (*si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt*). No podrá usarla, pues, aquel que, total ó parcialmente, puede lograr la herencia por otra vía distinta. Así, por ejemplo, la hija de familia omitida por el testador no tendrá la *querela inofficiosi testamenti*, puesto que ya se halla favorecida con el *jus accrescendi*. Por igual motivo no podrá usar de la *querela*,

(1) Demangeat, t. I, p. 634, atestigua estos datos.—*Comp.* Accarias (2ª edic.), t. I, nº 355, p. 851.
(2) Idem, id.

quien pueda invocar contra el testamento paterno la *bonorum possessio contra tabulas*. (Instit., § 2, lib. II, tít. XVIII.)

2° La *querela inofficiosi testamenti*, sólo se admite cuando la desheredacion es injustificada. Primitivamente, los jueces se hallaban investidos de un poder discrecional para apreciar la injusticia de la desheredacion, lo cual daba lugar á que los testadores no tuviesen seguridad, sino antes bien, muy escasa confianza en el sostenimiento de sus postreras voluntades.

3° La *querela inofficiosi testamenti*, sólo se concedia á los herederos que no hubiesen recibido, en virtud de la disposicion testamentaria, la *cuarta parte* por lo ménos de lo que les corresponderia sucediendo *ab intestato*. Esto es lo que generalmente designan los textos con las expresiones de *quarta legitimæ partis* (Instit., § 3, *eod.*); ó *portio legitima* (LL. 28, 30, C., *De inoff, test.*, lib. III, tít. XXVIII); y que, despues de Cuyacio, han llamado los comentaristas más sencillamente *legítima*. De suerte que si un heredero no ha percibido su *portio legitima*, tendrá, no sólo el derecho de que se le complete, sino además el de la *querela inofficiosi testamenti*, para invalidar totalmente el testamento y recoger la herencia entera *ab intestato*.

De la accion para conseguir el suplemento.—En la época de Constantino dispúsose que la voluntad del testador fuese cumplida siempre que, despues de haber legado al legitimario ménos de la cuarta parte de la herencia, hubiese recomendado que se le completara dicha porcion *boni viri arbitratu*. En semejante caso, el legitimario no puede hacer uso de la querella, pero sí puede invocar la *accion en suplemento*. (Paulo, *Sent.*, § 7, lib. IV, tít. V.)

Diferencia entre la *querela inofficiosi testamenti* y la *accion en suplemento:*

1° La *querela* es una accion *real*; la accion en suplemento es una accion *personal*.

2° La *querela* prescribe trascurrido cierto plazo, que fué de diez años al principio y de cinco en tiempo de Justiniano: al paso que la accion en suplemento puede utilizarse durante el término comun de las acciones.

3° La *querela* sólo bajo ciertas condiciones se trasmite á los

herederos del legitimario; la accion en suplemento es en todos los casos trasmisible.

4° Cuando el legitimario promueve maliciosamente la *querela*, pierde su legítima, en tanto que si se desestima la accion en suplemento, subsiste la disposicion testamentaria en favor del legitimario. (1).

¿Cómo se computa la porcion legítima?—Comiénzase por fijar la masa del activo hereditario, comprendiendo en él todos los bienes muebles é inmuebles, derechos de crédito y toda clase de valores que poseyera el difunto al tiempo de ocurrir su fallecimiento. Del total de dicha masa corresponde deducir las deudas del difunto, los gastos funerarios y el valor de los esclavos manumitidos (2). De lo que resta, se saca el cuarto, esto es, la parte de sucesion *ab intestato* reducida al cuarto, que constituye la legítima.

¿Son computables en la legítima las liberalidades otorgadas por el difunto al legitimario. — Se computan en la legítima todas las liberalidades que el legitimario ha obtenido, en virtud de un legado, de un fideicomiso, de una donacion por causa de muerte, á título de dote ó de donacion *propter nuptias*. Si, computadas estas liberalidades, resultare que ha recibido el legitimario el equivalente de su porcion legítima, no tiene derecho á tachar de inoficioso el testamento.

En cuanto á las donaciones entre vivos, importa distinguir dos casos. Si la donacion es pura y simple, exenta de toda condicion especial, no se computará en la legítima; el legitimario, pues, conserva íntegro su derecho á percibirla. Mas, pudo el donante insertar en la donacion una cláusula expresa, en cuya virtud deba ser aquella incluida en la legítima. ¿Se cumplirá esta cláusula? Es indudable; pues el testador pudo libremente fijar la ley de la donacion y acompañarla de todas las restricciones que le pluguiera. (L. 25, pr., D., *De inoff. test.*, lib. V, tít. II.)

Efectos de la querella de inoficiosidad.—La *querela in-*

(1) Para más detalles acerca de todos estos puntos de diferencia, véase más adelante el párrafo relativo á los modos de extinguirse la querella de inoficiosidad, p. 276 y 277.

(2) Estas reglas generales aplícanse igualmente al cálculo de la cuarta Falcidia. (V. *infra*, lib. II, tít. XXII).

officiosi testamenti tiene por objeto hacer anular un testamento y conseguir que se abra la sucesion intestada en provecho de los herederos que á ella vienen llamados por la ley. Conviene advertir que la cuestion sobre la inoficiosidad del testamento sólo se ventila entre legitimario é instituido. No toman parte los legatarios en el litigio por mucho que sea su interés en que se sostenga el testamento; á pesar de lo cual le alcanzan los efectos del fallo que se dicte contra el heredero. Es esto una verdadera excepcion al principio: *res inter alios judicata aliis neque nocet, neque prodest.* En rigor sólo esta excepcion existe cuando el heredero sostiene con sinceridad su oposicion en el debate.

¿Cómo se acaba la querella de inoficiosidad?—Extínguese la *querela inofficiosi testamenti*:

1º Cuando el legitimario ha muerto sin haber manifestado su propósito de atacar el testamento, empezando á incoar el proceso; en tal caso no podrán los herederos intentar la accion de inoficiosidad. Por esto se ha comparado la *querela inofficiosi testamenti* á la accion de *injuria.* El *querellante* se lamenta de la desheredacion ú omision como de una ofensa ó de un menosprecio de la consideracion que, á su entender, se le debia; y por este motivo si ha muerto *non jam præparata controversia*, presúmese que ha olvidado ó perdonado la injuria. (L. 6, § 2; L. 7, Dig., *De inoff. test.*, lib. V, tít. II.)

2º Cuando el legitimario ha dejado trascurrir cierto plazo, que fué de dos años al principio y de cinco más adelante. El silencio guardado por tal espacio de tiempo se interpreta en el concepto de perdon ú olvido. (L. 16, C., *De inoff. test.*, lib. III, tít. XXVIII.)

3º Cuando el legitimario aprobó de una ú otra manera el testamento (*agnovit judicium testatoris*), como por ejemplo: si ha reclamado la entrega de un legado que á su favor otorgara el testador (L. 23, § 1; L. 31, §§ 2, 3 y 4, D., *De inoff. test.*, lib. V, tít, II). Considerábase además como aprobacion del testamento el acto voluntario y libre por virtud del cual se constituia el legitimario en procurador de un tercero, reclamando el pago de nn legado correspondiente á este último. Exceptúabase con todo, el legitimario que hubiere aceptado,

en calidad de tutor, un legado hecho á favor de su pupilo; porque al fin la aceptacion era en este caso un *acto forzoso* que los legítimos intereses del pupilo recomendaban llevar á cabo, sin que tal aceptacion arguyese por parte del tutor aprobacion del testamento como legitimario. Así, pues, con este último carácter podia luego atacar en nombre propio el testamento si lo consideraba inoficioso (L. 30, *pr*. D., *eod.*)

4º Cuando el legitimario ha transigido con el heredero despues de la muerte del testador (L. 27, *pr.*, D., *eod.*)

5º Cuando desiste de su accion (L. 8, § 1, D., *eod.*)

Observacion.—Aquel que intentase maliciosamente la *querela inofficiosi testamenti* y fuese vencido en la demanda es declarado indigno, y decaido en los derechos que le confieren las disposiciones testamentarias á su favor otorgadas, de las cuales se aprovecha el fisco (L. 8, § 14, D., *eod.*)

INNOVACIONES DE JUSTINIANO.

1º Resuelve Justiniano que si un legitimario recibió del difunto una parte cualquiera de la herencia, inferior á la legítima, no use jamás la *querela inofficiosi testamenti,* sino tan sólo una accion en suplemento de legítima. No es preciso, pues, que respecto á este punto manifieste su voluntad el testador; la *querela inofficiosi testamenti* quedó en lo sucesivo circunscrita al solo caso en que el testador ha omitido ó expresamente desheredado al legitimario (Instit., § 3, lib. II, título XVIII.)

2º La novela XVIII (cap. I) de Justiniano aumentó la parte legítima, resolviendo que fuese del *tercio* de la herencia cuando el testador dejase cuatro hijos ó menos de cuatro, y de la *mitad*, si deja mayor número de hijos. Esta combinacion, en principio muy justa, puede sin embargo producir un resultado contrario á la naturaleza de las cosas, cual es que obtenga cada heredero una porcion más crecida cuanto mayor sea el número de los herederos. Supongamos, por ejemplo, que un padre de familia deja una herencia de 12.000 pesetas y cuatro hijos; cada uno de ellos percibirá la dozava parte, ó sean 1.000 pesetas. Supongamos ahora que son cinco los hijos y resultará

que á cada uno le habian de corresponder una décima parte ó sean 1.200 pesetas. Adviértase que el aumento de legítima dispuesto por Justiniano, aprovecha no sólo á los hijos, sino en general á todos los legitimarios (1).

3º Justiniano previene que se compute, para el cálculo de la porcion legítima, todo aquello que haya recibido entre vivos el legitimario para la compra de un oficio ó de un grado militar (*ad militiam emendam*) (L. 30, § 2, C., *De inoff. test.*, lib. III, tít. XXVIII.)

4º Por las novelas CXV (capítulos 3º y 4º) y XXII (cap. 47) estableció Justiniano de un modo taxativo las causas legítimas de la desheredacion. Por lo que respecta á la desheredacion de los descendientes por sus ascendientes, fija catorce causas; ocho para la de los ascendientes por sus descendientes y tres únicamente para la de los hermanos y hermanas. Dispone, además, que las causas de desheredacion aparezcan expresamente consignadas en el testamento, y por último, previene, para el caso de que se promueva contienda por parte del legitimario, que deba el heredero instituido probar la legitimidad de la desheredacion.

¿Qué deberemos resolver en el caso de que un testador, contra lo dispuesto en las novelas citadas, no haya precisado la causa en que funda la desheredacion? ¿Será el testamento *nulo* ó simplemente *inoficioso*? Punto es este acerca del cual se ha promovido viva controversia (2).

5º Justiniano dispone por la novela CXV (capítulos 3º y 4º) que recoja el legitimario su porcion legítima á título de heredero instituido; por lo que no podrá el testador descartar al

---

(1) Mucho se ha discutido esta cuestion; sin embargo, predomina en la enseñanza el parecer que nosotros sustentamos. *Sic.* Ortolan, t. II, nº 802; Demangeat, t. I, p. 694; Namur (2ª edic.), t. II, § 406, p. 187; Van Weter, t. II, § 333, página 320; Brocher, ob. cit., p. 91, texto y nota 2; Labbé, en sus lecciones.—Véase, no obstante, Accarias (2ª edic.), t. I, nº 359, p. 858, nota 1.

(2) La escuela alemana se inclina casi unánimemente á la nulidad del testamento. Véanse Muhlenbruch, *Continuat.* de Gluck, t. XXXVII, p. 298 y sig.; Blunschli, *Entwicklung*, § 25 y 26; Vangerow *Lehrbuch*, t. II, § 485; Namur, *Cours d'Instit.* (2ª edic.), t. II, § 403, p. 182; Brocher, *Etud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 98.—En cambio, la escuela francesa resuelve con igual unanimidad que el testamento es inoficioso. Véanse Thézard, *Rép. écr. sur le dr. rom.*, p. 163; Demangeat, t. I, p. 695; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 475, p. 383 y sig. observ.; Labbé, en sus lecciones.—V., sin embargo, Accarias (2ª edic.), t. I, nº 335, p. 799.

legitimario de la herencia, dejándole un legado ó fideicomiso equivalente á la legítima.

6º En la propia novela CXV (cap. 4º, § 9), resuelve Justiniano que en adelante la *querela inofficiosi testamenti* sólo invalidará la institucion de heredero, dejando intactas las demás disposiciones testamentarias, legados, fideicomisos, etc., en cuanto ellas no afecten á la legítima.

7º Fija un nuevo punto de partida al plazo de cinco años marcado como término del derecho de intentar la *querela inofficiosi testamenti*. En lugar de correr este plazo desde la muerte del testador, deberá en lo sucesivo contarse desde aquel dia en que hiciese adicion el heredero instituido. (L. 36, § 2, C., *De inoff. test.*, lib. III, tít. XXVIII.)

8º Por último, estatuye Justiniano una excepcion al principio de intransmisibilidad de la *querela inofficiosi testamenti* para el caso especial en que el legitimario siendo descendiente del testador, muere antes de finir el plazo impuesto al instituido para la adicion de la herencia. En este caso especial la accion se transmite á los hijos aunque no hubiese sido préviamente intentada. (LL. 34, *in fine*, 35, § 2, C., *eod.*)

TITULO XIX.

De las clases de herederos y sus diferencias.

Distínguense tres clases de herederos: los necesarios, los suyos y necesarios y los extraños ó voluntarios. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XIX.)

I. *Herederos necesarios.*

¿Quiénes son herederos necesarios?—Los esclavos pertenecientes al testador y á los que ha instituido este con manumision; estos esclavos obtienen á un mismo tiempo la herencia y la libertad. De lo cual se deduce la consecuencia de que

si al esclavo instituido le manumitió el testador antes de la muerte, no será ya heredero necesario, pues en realidad obtuvo la libertad antes que la herencia.

Llámase heredero necesario, segun dice la Instituta, *quia sive velit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit.* (Instit., § 1, *eod.*) De suerte que el esclavo será heredero áun ignorándolo y á pesar de su voluntad conraria. De cuyo segundo principio precisa deducir que la personalidad del esclavo queda involucrada ó absorbida en la del difunto; los bienes del esclavo y los de la herencia pasan á confundirse en un sólo patrimonio, y esta confusion alcanza tambien á las deudas del difunto que vienen á ser deudas del esclavo. Así, en caso de que no bastaran los bienes de la herencia para satisfacerlas, el esclavo, segun *el derecho civil*, debe pagar las deudas con los bienes que adquiera con su trabajo personal. Es evidente la iniquidad de tal confusion, y para buscar remedio á este resultado, concedióse al heredero necesario lo que han llamado los comentadores *beneficio de la separacion de bienes.* (Instit., *ibid.*)

Del beneficio de la separacion de bienes.—En virtud de dicho beneficio los bienes del difunto quedan separados de los del heredero; el activo y pasivo del uno ya no se confunden con el activo y pasivo del otro, y los acreedores del difunto no pueden instar la venta de los bienes propios del esclavo para el cobro de las deudas hereditarias (Instit., § 1, *eod.*) Importa observar que cuando hablamos de los bienes del heredero necesario, entendemos designar tan sólo aquellos bienes que adquiera despues de la muerte del testador; en tanto permanezca en su condicion esclava, esto es, durante la vida de su señor, nada tiene propio, todo cuanto detenta pertenece al dueño.

Para gozar el beneficio de la separacion de bienes, debe pedirse al pretor.

¿Qué utilidad reporta el testador de la institucion de un esclavo como heredero necesario?—Mediante dicha institucion el testador tiene la seguridad de no morir *intestado*. Por esto la emplearon frecuentemente las personas insolventes que no sin gran dificultad habrian encontrado quien se prestase á aceptar la herencia. El nombramiento de un here-

dero necesario salva de una nota de ignominia la memoria del difunto, porque realmente la nota ignominiosa que produce la venta en masa de los bienes hereditarios, hecha bajo el nombre del heredero necesario, recae sobre este último. Pero en tiempo de Justiniano habian desaparecido ya la venta en masa de los bienes del deudor insolvente y la nota infamante que de la misma era consecuencia.

Debemos advertir que para ser heredero necesario, el esclavo ha debido pertenecer al testador en dos distintas épocas: 1°, en la de la confeccion del testamento; 2°, al tiempo de la muerte del testador ó del cumplimiento de la condicion, si la institucion fué condicional. El esclavo pudo cambiar de dueño en el intervalo de ambas épocas; pero no dejará de ser heredero necesario, si á la muerte del testador se halló de nuevo bajo su potestad. (Ulpiano, *Reg.*, tít. I, § 23; L. 9, § 16; L. 90, D., *De her. instit.*, lib. XXVIII, tít. V).

II.—*De los herederos suyos y necesarios.*

¿Quiénes son herederos suyos y necesarios?—Son tales (*sui necessarii*) aquellos que se hallan inmediatamente bajo la potestad del testador en el momento de su muerte y que pasan á ser sus herederos. Ejemplo: el hijo, la hija, el nieto, y la nieta cuyo padre ha salido de la familia ó ha sido desheredado en el testamento del abuelo. (Instit. § 2, *eod.*)

¿Qué significa la frase «herederos suyos»?—Los hijos de familia durante la vida de su padre se reputan co-propietarios del patrimonio comun; y así, cuando á la muerte de su causante recogen los bienes de la sucesion, más que adquirir un derecho nuevo, consolidan un derecho que tenian ya de antemano. No son, por decirlo así, herederos de otro, sino en cierta manera herederos de sí mismos (*heredes sui*) (1). (Instit., *ibid.*)

Los herederos suyos son al propio tiempo *necesarios*, porque sin adicion, de buen grado, ó á pesar suyo, vienen á ser herederos. (Instit., *ibid.*)

---

(1) *Sic.* Ortolan, t. II, n° 807; Labbé, en sus lecciones.

Segun el derecho civil, los herederos suyos y necesarios quedan obligados por las deudas del difunto áun con sus bienes personales. Pero el pretor, acudiendo en su auxilio, les concedió el beneficio de *abstencion*. (Instit., *ibid.*)

Diferencias entre el beneficio de abstencion y el beneficio de separacion de bienes.—1º El beneficio de *abstencion* tiene lugar de pleno derecho; no es necesario acudir al magistrado para que lo conceda. Basta que el heredero suyo no se haya inmiscuido en los negocios de la herencia y manifieste su voluntad de abstenerse (*se dicit retinere hereditatem nolle*). (LL. 12, 71, § 9, D., *De adq. vel om. hered.*, lib. XXIX, título II). Por el contrario, el beneficio de *separacion* debe ser pedido al pretor por el heredero necesario.

2º Contra el heredero suyo que ha hecho uso del beneficio de *abstencion*, no cabe dirigir reclamacion alguna; los acreedores del difunto venden los bienes de la herencia á nombre de aquél y no del heredero, de suerte que este último se halla libre de toda nota infamante que recae sólo sobre la memoria del difunto. La *separacion de bienes*, por el contrario, no es óbice á que las reclamaciones de los acreedores hereditarios se dirijan contra el heredero necesario, á nombre de quien tiene lugar la venta de los bienes, y áun primitivamente la infamia recaia sobre dicho heredero, al paso que la memoria del difunto quedaba exenta de toda ignominia.

Efectos de la abstencion.—Bajo el punto de vista del derecho civil la abstencion deja subsistente la calidad de heredero; bajo el punto de vista del derecho pretoriano, equivale á un repudio de la herencia, cuando este repudio es permitido. Puede dar lugar *jure pretorio* en ciertos casos, bien á que se abra la sucesion *ab intestato*, bien á una substitucion vulgar (1).

El heredero suyo que ha tomado ó hecho tomar alguna cosa

(1) ¿Qué influencia puede tener la abstencion de un heredero suyo y necesario sobre el derecho de acrecer? Este último es *voluntario*, con tal que el heredero haya hecho adicion ó que se haya inmiscuido ántes de haber manifestado el coheredero su voluntad de abstenerse. Si, por el contrario, ha tomado la herencia posteriormente á esta resolucion que ya le constaba ó que debia constarle, queda sometido á todas las cargas y el derecho de acrecer es necesario. *Sic.* Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 12, nota 1.

de la herencia comete un robo y se ve privado de las ventajas de la abstencion.

Además, el que se hubiese abstenido, puede venir sobre su acuerdo y tomar la herencia, en tanto que los bienes no hayan sido vendidos aún, y que no hubiesen trascurrido tres años; plazo que fijó Justiniano. (L. 6, C., *De repud. vel abstin. hered.*, lib. VI, tít. XXXI).

III.—*De los herederos extraños ó voluntarios.*

Son herederos extraños, aquellos que al morir el testador no se hallan bajo su potestad, como, por ejemplo, los hijos que salieron de la familia; los hijos instituidos por su madre, puesto que las mujeres carecen de patria potestad; el esclavo instituido heredero por su dueño, pero manumitido por éste despues de la confeccion del testamento. (Instit., § 3, *eod*).

Extraños, porque se hallan fuera de la familia del testador.

Voluntarios, porque sólo llegan á ser herederos mediante un acto de su voluntad, que es la aceptacion llamada *adicion de herencia* (*aditio hereditatis*).

De la adicion de herencia.—Segun el derecho antiguo podia el testador imponer á sus herederos la obligacion de ceder la herencia, mediante ciertas formas solemnes, y dentro de un plazo determinado. Se decia en semejante caso que el heredero era instituido *cum cretione*.

La *crecion* era *perfecta* ó *imperfecta*, segun se acompañase ó no de formal desheredacion. (Ulpiano, *Reg.*, tít. XXII, §§ 27, 28, 31, 32 y 34). En tiempo de Justiniano ya no se trata de *crecion*, pues habíala suprimido una constitucion de Arcadio y Honorio. (L. 17, C., *De jure deliber.*, lib. VI, tít. XXX).

Bajo dos formas puede hacerse la adicion de la herencia; ya por una declaracion expresa de la voluntad, escrita ó verbal, ya practicando algun acto de heredero. Cuando la voluntad se manifiesta en este último sentido, la adicion de la herencia toma el nombre de *pro herede gestio*. (Instit., § 7 *eod.*)

Hacer actos de heredero, tanto vale como decir actos de dueño sobre los bienes hereditarios. Esto sucede cuando, por

ejemplo, el heredero vende ó hace donacion de alguno de los bienes componentes la herencia (*vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandove*). (Instit., *ibid.*) Poco importa para el caso que la cosa enajenada no pertenezca á la herencia, si el heredero, creyendo lo contrario, dispuso de ella en concepto de tal heredero. (L. 21, § 1, D., *De adq. vel om. hered.*, libro XXIX, tít. II).

Sólo será válida la adicion, cuando el instituido la hiciere con perfecto conocimiento de causa; debe saber que se halla la sucesion abierta ó deferida, y que se le ha deferido á él; en una palabra, no debe ignorar ninguna de las circunstancias que le dan carácter de heredero llamado.

La aceptacion de la herencia sólo puede hacerse pura y simplemente, siendo, por lo tanto, nula cualquiera aceptacion condicional.

¿Quién debe hacer adicion de la herencia?—Sólo puede hacerla el mismo instituido; lo cual arguye la siguiente consecuencia: si el heredero es *infans* ó *furiosus*, no puede adir, y por otra parte, nadie puede hacerlo en su lugar, ni el tutor, ni el curador: tal era el rigorismo del derecho primitivo. En tiempo del imperio bizantino los emperadores Teodosio y Valentiniano promulgaron una constitucion permitiendo que pudieran, en lo sucesivo, los padres de familia ó los tutores, hacer adicion de herencia en nombre de un *infans*. (L. 18, § 2, C., *De jus delib.*, lib. VI, tít. XXX). Y Justiniano, solventando las dudas relativas al *furiosus* instituido, resolvió que pudiera el curador hacer en todo caso adicion por cuenta de su pupilo incapaz. (L. 7, § 3, C., *De cur. fur.*, lib. V, tít. LXX).

El sordo, el mudo y áun el sordo-mudo pueden practicar actos de heredero, si tienen conciencia de su derecho, y por lo tanto, pueden hacer una aceptacion válida. (Instit., § 7, *eod.*)

En cuanto al pródigo, sobre quien recae interdiccion, jamás hubo ninguna duda. (L. 5, § 1, D., *De adq. vel om. hered.*, lib. XXIX, tít. II).

¿DESDE QUÉ MOMENTO PUEDE HACERSE LA ADICION DE HERENCIA?

Es preciso distinguir si la institucion es pura y simple ó condicional.

Cuando la institucion es *pura* y *simple*, el momento á partir del cual puede hacerse adicion, es el de la muerte del testador, porque no habiéndole sido deferida la herencia al heredero no es posible adirla todavía. (L. 21, § 2, D., *eod.*)

Conviene advertir, sin embargo, que bajo el imperio de las *leyes caducarias*, caidas en desuso en el último período del derecho, la devolucion de la herencia se hacia partir de la apertura de las tablas del testamento; acto que tenia lugar pocos dias despues de fallecido el testador. La adicion, pues, sólo era válida si se hacia con posterioridad á aquella época.

Cuando la institucion es *condicional* no puede adirse la herencia mientras no ha tenido cumplimiento la condicion, ya que hasta ese momento no tiene lugar la devolucion de la herencia.

¿Hay término para la adicion?—Segun el derecho civil podia el instituido retardar indefinidamente la aceptacion; no se habia establecido plazo ninguno (Gayo, C. I, § 167); pero como semejante incertidumbre no podia ménos de ser perjudicial á los acreedores del difunto, que no sabian á quién dirigirse para el cobro de sus créditos, el pretor hubo de corregir este defecto del derecho civil, permitiendo á los acreedores, á los substitutos, en una palabra, á todos los que se hallaban interesados en que se resolviera pronto el heredero en uno ú otro sentido, que le obligasen á pronunciar su voluntad dentro de un plazo más ó ménos largo, segun las circunstancias del caso.

En el derecho antiguo el *minimum* de este plazo era de cien dias; Justiniano extendiólo á *diez meses* y á *un año*, segun que fuese concedido por el Magistrado ó por el Emperador. (L. 22, §§ 2, 13, C., *De jur. delib.*, lib. VI, tít. XXX). Si al expirar el plazo no ha hecho adicion el instituido, juzgábase por el antiguo derecho, que repudiaba la herencia, y por consiguiente,

concedíase al substituto la *bonorum possessio*, y en defecto de substituto á los acreedores hereditarios. Justiniano reformó la legislacion en este punto. El silencio que guarde el heredero instituido, cuando haya expirado el plazo de la adicion, no se interpretará en el sentido de renuncia, sino por el contrario, de aceptacion. (L. 22, § 14, C., *eod.*)

Realizada la adicion, es ya irrevocable; el que una vez aceptó, no puede volver en contra de su aceptacion, salvo el menor de veinticinco años que obtenga una *restitutio in integrum*. (Instit., § 5, lib. II, tít. XIX).

¿Cuándo debe tener la testamentifaccion el heredero extraño?—El heredero extraño debe tener la testamentifaccion en tres momentos: 1° en el de la confeccion del testamento; 2° en el momento en que la herencia se abre ó defiere (esto es, al tiempo de morir el testador si la institucion es pura y simple, ó el dia en que se cumple la condicion si se instituyó condicionalmente); 3° en el momento de la adicion de la herencia. (Instit., § 4, lib. II, tít. XIX.)

Estos tres momentos dan lugar á dos intervalos: el primero es el tiempo que media entre la confeccion del testamento y la muerte del testador ó el cumplimiento de la condicion; el segundo es el tiempo que media entre la muerte del testador ó el cumplimiento de la condicion y la adicion de la herencia.

En el transcurso del primer intervalo el heredero no se veria lastimado en su derecho por un cambio momentáneo en su capacidad ó en su estado; así, por ejemplo, si despues de la confeccion del testamento el instituido cayera en esclavitud pero recobrara su libertad ántes de la apertura de sus derechos, restablecida su capacidad, nada le impediria hacer adicion de la herencia.

En el segundo intervalo, por el contrario, semejante cambio importaria para el instituido la pérdida irreparable del derecho de adir la herencia. Preciso es, por lo tanto, que la testamentifaccion se haya disfrutado sin intermitencia desde la apertura de la sucesion hasta la adicion hecha por el instituido.

Efectos de la adicion de herencia.—1° El instituido que aceptó la herencia puede transmitir á sus herederos, como par-

te de su patrimonio, el beneficio que resulta de dicha aceptacion. Pero ¿qué diremos cuando el instituido muere ántes de haber hecho adicion? *Segun el derecho antiguo* nada transmite á sus herederos, puesto que nada tampoco habia adquirido. *Segun Justiniano*, que reformó este punto de derecho, todo instituido que muera dentro del plazo fijado para la adicion de la herencia, pero sin haberla hecho todavia, transmite con su propia sucesion no sólo á sus descendientes sino tambien á sus ascendientes y á todos sus herederos sin distincion, el derecho de adir la herencia en su lugar y nombre. (L. 1, § 5, C., *De cad. toll.*, lib. VI, tít. LI.)

2° El instituido que hace adicion de la herencia queda obligado por todas las deudas y cargas de la sucesion *ultra vires hereditatis*. En el caso de ser insuficientes los bienes hereditarios, los acreedores del difunto tienen accion contra los bienes personales del instituido. Tal es el rigorismo del derecho primitivo.

De la renuncia.—El heredero instituido que aceptó la herencia pudo tambien renunciar á ella; la renuncia, de igual manera que la adicion, depende de un acto de la voluntad, y ésta se manifiesta ora por una declaracion expresa, ora por el silencio y la inaccion.

La renuncia no puede hacerse válidamente sino á partir de la época y dentro del plazo necesario para hacerse una aceptacion válida.

Hecha la renuncia, es tan irrevocable como la adicion, salva la misma excepcion ántes consignada relativamente al menor de veinticinco años que obtiene la *restitutio in integrum*.

Aceptacion bajo beneficio de inventario.—Hemos dicho que el instituido puede aceptar la herencia ó renunciar á ella. Pero sea cualquiera el partido que tome, se ofrecen á menudo graves inconvenientes. En efecto, por el temor de quedar obligado á pagar las deudas del difunto *ultra vires successionis*, solia renunciar las más veces el instituido á una herencia ventajosa, pero de difícil apreciacion. Por otra parte, si el heredero instituido aceptaba la sucesion halagado por falsas apariencias, encontrábase indefinidamente obligado para con los acreedores del testador, áun con sus bienes pro-

pios. El legislador no pudo ménos de reconocer los inconvenientes de estos dos resultados extremos; y despues de una tentativa de Adriano, Justiniano estableció para los herederos extraños un medio que les permite quedar herederos, como los llamados necesarios, y no haber de pagar las deudas del difunto, sino *intra vires hereditatis*. A este medio hánle dado los comentadores modernos el nombre de *beneficio de inventario*. (Instit., § 6, lib. II, tít. XIX; L. 22, C., *De jur. delib.*, lib. VI, tít. XXX.)

Condiciones mediante las cuales se otorga el beneficio de inventario.—El heredero debe formar un *inventario* de los bienes dejados por el testador. Este inventario sólo será válido si reune las siguientes condiciones: 1° Que sea fiel y exacto; 2° que se haya comenzado dentro los treinta dias siguientes á la apertura de la sucesion y terminado dentro de los sesenta; 3° que se haya hecho con intervencion de los terceros interesados, tales como legatarios, acreedores, etc., debidamente convocados. (L. 22, §§ 2, 3, C., *eod.*)

No se concederá el beneficio de inventario al instituido que haya solicitado el plazo de un año para deliberar; para este instituido continúa siempre en vigor el antiguo derecho; si no quiere permanecer obligado por todas las deudas del difunto, debe repudiar la herencia. (L. 22, § 14, C., *eod.*)

TITULO XX.

De los legados.

Definicion.—Es el legado una *disposicion gratuita, á titulo particular* hecha por una persona con el objeto de que produzca efectos *despues de su muerte*, y cuya disposicion se halla contenida en un *testamento* ó en un *acto de última voluntad.*

Diferencia entre el legado y la institucion.—Hemos dicho del primero que es una *disposicion gratuita*; hé aquí el carácter esencial del legado: donde no hay liberalidad, no hay

legado (*donatio quædam*). La institucion, por el contrario, no es por su esencia una liberalidad. *A título particular*, porque puede hacerse un legado de cosa particular, de una parte alícuota de la herencia, miéntras que la institucion comprende la totalidad de la misma.

Diferencia entre el legado y la donacion.—El orígen del legado se halla en la sola voluntad del que lo dispone; la donacion requiere la concurrencia de voluntades, la del donante y la del donatario.

Despues de su muerte... Hé aquí otra diferencia entre legado y donacion; aquél producirá efectos despues de la muerte del testador; la segunda puede tenerlos áun viviendo el donante.

En un testamento ó en un acto de última voluntad... Primitivamente sólo en testamento podia otorgarse un legado (*donatio testamento relicta*). A partir de Augusto, pudieron hacerse legados en codicilos que se refiriesen á un testamento anterior ó posterior.

ESPECIES DISTINTAS DE LEGADOS.

Segun el antiguo derecho romano los legados debian hacerse bajo ciertas formas pre-determinadas. Estas eran cuatro: legados *per vindicationem*; legados *per damnationem*; legados *sinendi modo*; legados *per præceptionem*. (Gayo, C. II, § 192.)

I. *Legados «per vindicationem.»*

Forma.—Pertenecen á este órden aquellos en que ha usado el testador las frases *do, lego, Titio hominem Stichum*; ó bien, *Titius hominem Stichum sumito, capito, sibi habeto*. (Gayo, C. II, § 193.)

¿Qué cosas pueden legarse «per vindicationem?»—El testador sólo puede legar por este medio las cosas que le pertenecen *ex jure Quiritium*, sin que le baste ser propietario segun el derecho de gentes, *ex jure gentium*. (Gayo, C., II, § 196.)

¿En qué momento es preciso que sea el testador «do-

minus ex jure Quiritium?»—Conviene hacer una distincion: 1º, si se trata de una cosa *cierta* (*certa re*), el testador debe ser propietario *ex jure Quiritium* en el momento de la confeccion del testamento y en el de la muerte; 2º, si trata de una cosa *quæ pondere, numero, mensurare constat*, basta que el testador se hallase propietario en el momento de la muerte. (Gayo, C. II, § 196.)

Efecto del legado «per vindicationem.»—Por virtud de este legado se transfiere la propiedad del objeto al legatario, es decir, que produce una relacion directa de este último con la cosa legada. (Gayo, C. II, § 194.)

¿En qué momento precisamente se verifica la adquisicion en provecho del legatario?—Acerca de este punto habia en la época del derecho clásico cierta divergencia entre proculeyanos y sabinianos.—Segun los proculeyanos, el legatario no adquiria la propiedad de la cosa legada miéntras no manifestase su voluntad de aceptarla; hasta entónces la cosa no pertenecia á nadie, y se consideraba *res nullius.*—Segun los sabinianos, el legatario se hacia dueño de la cosa legada en el preciso momento en que adía la herencia el instituido. Semejante adquisicion tenia lugar áun ignorándolo el legatario; pero se desvanecia, como si jamás hubiera existido, cuando el legatario repudiaba el legado. Esta opinion de los sabinianos es la que ha prevalecido. (L. 80, D., *De leg.*, libro XX, cap. 2º) (1).

¿Qué diremos cuando el legado «per vindicationem» se ha hecho «bajo condicion?»—En semejante caso el legatario no adquirirá la propiedad hasta el momento en que la condicion se realice. Pero, *pendente conditione*, la cosa legada pertenece, al decir de los sabinianos, al heredero; y en opinion de los proculeyanos, es *res nullius.* (Gayo, C. II, § 200.)

II. *Legado «per damnationem.»*

Forma.—Existe un legado *per damnationem* cuando el testador ha empleado las palabras: *Heres meus damnas esto dare*

(1) Tal es la solucion generalmente admitida, no obstante lo que opuestamente dice Gayo (C. II, § 200).

Titio hominem Stichum, ó bien, *heres meus dato, facito*. (Gayo, C. II, § 201.)

¿Qué cosas pueden legarse «per damnationem?»—El testador puede legar las cosas propias, las de sus herederos y las ajenas; en el último caso, el heredero debe adquirir la cosa legada y entregarla luego al legatario; mas si no fuese posible adquirirla, cumple con pagar su valor al favorecido con el legado. (Gayo, C. II, § 202). El legado *per damnationem* puede aún tener por objeto una cosa todavía no existente, pero que pueda existir, como seria, por ejemplo: el hijo que nacerá de tal esclava. (Gayo, C. II, § 203.)

Efecto del legado «per damnationem.»—Por esta forma no se trasfiere al legatario la propiedad de la cosa legada; sólo concede una accion personal, la *condictio ex testamento* contra el heredero.

¿En qué momento adquiere el legatario semejante derecho?—Si el legado *per damnationem* es puro y simple lo adquirirá en el momento de la adicion de herencia; si fuese condicional, en el momento de cumplirse la condicion. En ambos casos el legatario tiene un derecho de crédito aunque no lo supiese.

III. *Legado «sinendi modo.»*

Forma.—El legado es *sinendi modo* cuando el testador se ha servido de las palabras: *heres meus damnas esto sinere Titium capere hominem Stichum*. (Gayo, C. II, § 209.)

¿Qué cosas pueden ser legadas «sinendi modo?»—Bajo esta forma puede un testador legar las cosas de su patrimonio y las cosas propias del heredero, pero no las ajenas. (Gayo, C. II, § 210).—Basta que hayan pertenecido al testador *en el momento de su muerte;* pero si la cosa legada es propia del heredero, es preciso que le perteneciera en la indicada época. (Gayo, C. II, § 211 y 212.)

Alcance de la obligacion del heredero deudor de un legado *sinendi modo*.—Piensan algunos jurisconsultos, ateniéndose rigorosamente á la forma del legado, que el heredero sólo debia poner de su parte una inaccion, una absten-

cion, no más que dejar hacer al legatario, mientras que otros opinan que el heredero estaba obligado á transferir al legatario la propiedad de la cosa legada, ya fuese por tradicion, por mancipacion ó por *cessio in jure.* (Gayo, C. II, § 213, 214.)

IV. *Legado «per præceptionem.»*

Forma.—Es legado *per præceptionem* aquel en que usa el testador estas palabras: *Titius hominem Stichum præcipito* (que Ticio separe para sí el esclavo Estico). (Gayo, C. II, § 216.) Este legado supone que el testador ha instituido varios herederos, y que autoriza á uno de ellos para separar un objeto particular antes de proceder al reparto de la herencia.

¿Qué cosas pueden legarse *per præceptionem*?—El testador puede legar en esta forma cualquier objeto que tenga en su poder al tiempo de la muerte, y que despues de ocurrir ésta debe pasar á ser cosa hereditaria, lo cual excluye las cosas propias del heredero y las ajenas. (Gayo, C. II, § 217.)

Efecto del legado *per præceptionem.*—El heredero prelegatario podia instar la ejecucion de dicho legado por medio de la accion divisoria *judicio familiæ erciscundæ.* (Gayo, C. II, §§ 217 y 219.)

¿Qué se resolverá cuando el testador ha hecho un legado *per præceptionem* **á favor de una persona no instituida en el testamento?**—Segun los sabinianos que sólo atendian á la fórmula estricta del legado, semejante disposicion debia ser nula. Segun los proculeyanos, valdrá como legado *per vindicationem.* Bastaba cercenar la sílaba *præ* de las palabras *præ sumito præ cipito*, para obtener la misma fórmula de un legado *per vindicationem.* Dice Gayo (C. II, § 221) que la última opinion debió ser aprobada por el emperador Adriano.

Modificaciones introducidas por el senado-consulto Neroniano.—Cuando el testador habia legado un objeto mediante una de las cuatro formas legales, pero que no fuese adecuada á la índole del objeto, el legado era nulo segun el derecho civil. El senado-consulto Neroniano quiso atenuar este rigorismo y dar validez, en calidad de legados *per dam-*

nationem, á todos aquellos que no serian válidos en la forma empleada por el testador (1).

En este concepto eran válidos como legados *per damnationem*:

1º El legado *per vindicationem* de la cosa ajena (Gayo, C. II, § 197);

2º El legado per vindicationem de una cosa que tuviese un testador *in bonis* (Gayo, *ibid.*);

3º El legado *sinendi modo* de una cosa que no perteneciese ni al testador ni al heredero (Gayo, C. II, § 212);

4º El legado *per præceptionem* (segun opinan la sabinianos) hecho en favor de otra persona que no sea un heredero instituido. (Gayo, § 218).

El senado-consulto Neroniano dejó subsistentes las antiguas fórmulas.

En el año de 339, los hijos de Constantino introdujeron un nuevo progreso segun el cual, subsistiendo la distincion entre las cuatro especies de legados, desapareció la necesidad de las palabras sacramentales. (Instit., § 2, lib. II, tít. XX.)

Justiniano hizo más todavía: fundió en una sola las cuatro especies de legados (*ut omnibus legatis omnia sit natura*). Establece que cualquier legado, sea cualquiera la forma en que se hubiese otorgado, concede al legatario tres acciones: una *real reivindicatoria*, otra *personal* y otra *hipotecaria*. Conviene observar que sólo tendrá el legatario la primera de las citadas acciones en los dos siguientes casos: 1º Si el legado tiene por objeto un cuerpo cierto ó una cosa determinada. 2º Si tiene por objeto cosas de género cierto que á la muerte del testador formen parte de su herencia. (Instit., § 2, *eod.*)

Ultimamente, Justiniano asimiló el legado al fideicomiso. (Instit., § 3, *eod.*)

COSAS QUE PUEDEN SER LEGADAS.

Principios generales.—Sólo pueden ser legadas las cosas que se hallan en el comercio de los hombres, y sobre las

(1) La reforma introducida por el senado-consulto Neroniano ha sido severamente criticada por Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 496, p. 514, texto y nota 34.

cuales pueden ejercer derechos los particulares. Así, pues, no pueden legarse las cosas *divini juris*, ni las destinadas á usos públicos. Legados de este linaje no producirian efecto alguno; el heredero no queda obligado en lo más mínimo, ni áun á dar al legatario la estimacion de la cosa legada. (Instit., § 4, lib. II, tít. XX.)

Legado de cosa ajena.—Si ha legado el testador una cosa perteneciente á otro (*res aliena*) el legado sólo será valido en tanto que, al otorgarlo, haya sabido el testador que se trataba de cosa ajena; en otro caso seria completamente nulo. Incumbe al legatario justificar que tenia el testador conocimiento de que la cosa era de propiedad ajena. (Instit., § 4, *eod.*) Si el testador ha legado conscientemente una cosa de otro y aconteciera luego que fuese adquirida por el legatario en el intervalo que media entre la confeccion del testamento y la apertura de la herencia, sólo valdrá el legado á beneficio de una distincion. Suponiendo que el legatario haya venido á ser dueño de la cosa legada en virtud de compra ó por otro cualquier título oneroso, podrá entonces pedir al heredero por la accion *ex testamento*, el precio que hubo de pagar por la cosa. Mas si adquirióla por título gratuito, como lo seria la donacion ú otro semejante, no tendrá en este caso accion ninguna- el legado se desvanece por virtud de aquel principio de derecho romano «*duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse*. (Instit., § 6, *eod.*)

Supongamos que una misma cosa se hubiese legado por dos testadores á una misma persona. Mientras ninguno de los dos legados tenga ejecucion, subsistirán ambos conjuntamente: pero, ¿qué sucederá cuando uno de los dos se ha cumplido ya? Es preciso hacer una distincion. Si el legatario ha obtenido la cosa misma queda cumplido el objeto de los dos legados y nada podrá reclamar en virtud del otro testamento. Pero si el heredero, no pudiendo entregar al legatario la misma cosa, le ha dado su estimacion, este último podrá obtener del segundo heredero la cosa legada ó su estimacion. (Instit., § 6, *in fine.*)

Pongamos un ejemplo: el testador ha legado un fundo ajeno. Despues de la confeccion del testamento, el legatario adquiere la nuda propiedad del fundo, con deduccion del usu-

fructo; más adelante muere el usufructuario con lo cual el legatario se aprovecha gratuitamente de la extincion del usufructo (*ex lucrativa causa*). ¿Qué podrá reclamar al heredero? Estále permitido pedir el fundo (*fundum petere*), pero el magistrado no le concederá más de lo que hubo de pagar por la adquisicion de la nuda propiedad. (Instit., § 9, *eod.*)

Legado de cosa propia del legatario.—Si un testador legase una cosa propia del mismo á favor de quien otorga el legado, éste será inútil, porque no se puede adquirir propiedad sobre lo que ya nos pertenece. Y seria ineficaz tal legado, y el heredero no deberia entregar la cosa ni su estimacion, aunque á la muerte del testador hubiese dejado de pertenecer al legatario. (Instit., § 10, *eod.*) Pero será de todo punto válido dicho legado si se hizo condicionalmente para el caso de que la cosa legada, no perteneciese ya al legatario en la época de la apertura del derecho (*quando dies legati cedit*).

Legado de una cosa propia del testador.—No será ménos válido el legado cuando el testador ha dispuesto de una cosa de su patrimonio, creyéndola de propiedad ajena, porque con mayor razon sin duda habria hecho tal legado el testador á saber que la cosa le pertenecia (*nam plus valet quod in veritate est quam quod in opinione*). (Instit., § 11, *eod.*)

¿Qué sucederá cuando el testador lega una cosa hipotecada? ¿Estará obligado el heredero á librarla de este gravámen? Conviene distinguir: si el testador tenia conocimiento de la hipoteca existente, vendrá obligado el heredero á redimirla, pagando al acreedor; en este caso la prueba debe practicarla el legatario. Pero si el testador ignoraba la existencia del gravámen, el heredero no tiene obligacion de redimirlo para entregar al legatario la cosa. Tambien queda el heredero libre de toda obligacion cuando el testador ha manifestado explícitamente la intencion de que levantara la carga el mismo legatario. Si éste recibe la cosa gravada con una hipoteca vendrá sujeto, para aprovecharse del legado, al pago de la deuda hipotecaria, bien que en este caso tendrá recurso contra el heredero. (Instit., § 5, *eod.*)

Suponiendo que legó el testador una cosa propia enajenándola más tarde, ¿quedará inútil el legado? Esta es, segun dice

la Instituta (§ 5), una cuestion, en la cual hay que atender al elemento intencional, pues debe atenderse á si el testador al realizar dicha enajenacion tuvo ó no tuvo el intento de revocar el legado. No cabe duda respecto á este punto cuando la cosa que se lega hubiera sido enajenada por causa de donacion; el legado se desvanecerá. Y adviértase que no será distinto el efecto áun cuando la donacion resultase nula. (LL. 18 y 24, § 1, D., *De adim. vel transfer. leg.*, lib. XXXIV, tít. IV.) Por otra parte, no arguye tampoco intencion de revocar un legado el mero hecho de que por el testador se haya hipotecado ó dado en prenda la cosa legada; podrá, pues, el legatario exigir que el heredero se la entregue libre, franca y exenta de todo gravámen. (Instit., § 12, *eod.*)

Legado de liberacion.—¿Cuál será el efecto de un legado por el que un testador deje á un deudor suyo aquello mismo que le debia? Por virtud de semejante legado no se realiza de pleno derecho la liberacion del deudor, pues en el derecho romano es principio general que las obligaciones sólo pueden extinguirse por los medios que el derecho civil reconoce, y el legado no se coloca entre los modos de extinguir las obligaciones. El legatario deudor podrá siempre ser reconvenido por el heredero, bien que tenga el medio de rechazar la accion por una *excepcion de dolo*. Pero además, en virtud de la accion *ex testamento*, el legatario podrá inmediatamente accionar contra el heredero para obligarle á la liberacion (*ut liberet eum*), mediante uno de los modos por los cuales extínguense las obligaciones. (Instit., § 13, *eod.*)

Legado de deuda.—¿Es válido semejante legado? Conviene distinguir: Si el legado no contiene otra cosa que el crédito que tenia el legatario contra el testador no será válido, pues el acreedor no reportaria ninguna ventaja especial; pero si, por el contrario, el legado trae algun beneficio al acreedor, no hay dificultad en que se lleve á cumplimiento, como sucederia, por ejemplo, cuando el crédito primitivo fuese condicional ó á término, y el legado se otorgara puro y simple. En estos casos el acreedor tiene interés en aprovecharse del legado. Puede ocurrir, sin embargo, que siendo la deuda condicional ó á término, se convierta en pura y simple por el cumplimiento de la

condicion ó llegada del término que hayan tenido lugar dentro el intervalo que separa la confeccion del testamento de la muerte del testador; cuestion muy debatida que ha resuelto Papiniano, afirmando ser válido dicho legado, porque lo fué desde su orígen (*quia semel constitit*). Esta es la doctrina que ha prevalecido. (Instit., § 14, *eod.*)

Legado de dote por el marido á la mujer.—La mujer es acreedora del marido por razon de la dote, de suerte que si un testador legase á su esposa el montante de la dote, legaria en realidad lo que ya le debe. Este legado es válido en cuanto la mujer tiene reconocido interés en aprovecharlo, pues podrá exigir la dote por la accion *ex testamento* inmediatamente despues de abierta la herencia, miéntras que de ordinario la restitucion de la dote sólo tiene lugar despues de cierto término y en virtud de la accion *rei uxoriæ* (Instit., § 15, *eod.*). Por último, mediante la accion *ex testamento*, la mujer conseguirá evitar que le sean deducidas las impensas necesarias hechas en los bienes dotales; deducciones que son inexcusables cuando se usa la accion *rei uxoriæ*.

¿Qué sucederá en el caso de que la mujer no hubiese aportado bienes dotales?—Un rescripto dado por Severo y Antonino establece una distincion: si el testador al otorgar el legado no ha tenido presente fijar su entidad, será nulo por carecer de objeto; y sucederá lo contrario si el testador manifiesta que lega á su esposa una cantidad determinada, como por ejemplo: *cien sueldos de oro*, tal ó cual objeto, como v. gr.: *el esclavo Estico*, diciendo que lo ha recibido en dote de la mujer, por más que realmente no haya sucedido así. La falsa designacion del objeto de un legado no vicia de ningun modo la liberalidad. (Instit., § 15, *in fine.*)

Legado de una cosa principal.—En el legado de una cosa principal van comprendidos los accesorios de la misma. La Instituta cita como ejemplo el legado de una casa, en virtud del cual se aprovechará el legatario de las columnas y mármoles que se le hubiesen añadido con posterioridad á la confeccion del testamento. (Instit., § 19, *eod.*) (1).

---

(1) Véase *infra*, p. 313.

Legado de una universitatis juris.—Los hay de dos clases principales: 1°, legado de un peculio; 2°, legado parcial (*partitio*).

1° *Legado de un peculio.*—Todos los acrecentamientos y asimismo todas las disminuciones que pueda experimentar el peculio, serán en provecho y vendrán á cargo del legatario cuando ménos hasta el dia de la muerte del testador. En cuanto á las adquisiciones que posteriormente á este suceso y ántes de la adicion haya hecho el esclavo, precisa distinguir si el peculio se ha legado á dicho esclavo junto con la libertad, ó bien si se ha legado á un *extraño*. En el primer caso, y supuesto que el derecho eventual del legatario se fija en el momento de la adicion de la herencia, los acrecentamientos que tengan lugar en el peculio, áun aquellos que no sean provenientes de las mismas cosas que lo componen, cederán en beneficio del esclavo. En el segundo caso, como el derecho eventual del legatario se fija en el momento de morir el testador, el extraño no se aprovechará de los aumentos posteriores, sino en tanto que sean consecuencia del mismo peculio. (Instit., § 20, *eod.*)

Puede inducirse que se ha hecho un legado de peculio cuando concurren ciertas circunstancias, como, por ejemplo: si el señor ha legado la libertad á su esclavo, imponiéndole la obligacion de rendir cuentas. En este caso hay separacion de los respectivos patrimonios del señor y del esclavo. (Instit., *ibid.*)

El legado de un rebaño abraza el de las ovejas que vienen más tarde á aumentar el ganado. (Instit., § 18, *eod.*)

2° *Legado parcial* (*partitio*).—Un testador puede legar una parte alícuota de su patrimonio; á esto se da el nombre de *legatum partitionis*. Pero adviértase que el legatario de sólo una parte alícuota no tiene la representacion de la persona del difunto; de suerte que los créditos y las deudas del último pasarán al heredero, quien deberá computarlo al legatario parcial. (Ulpiano, *Reg.*, tít. XXIV, § 25.)

Legado de género.—El testador puede legar una cosa de un género determinado (*in genere*); por ejemplo: un caballo. Es necesario, pues, que se indique con toda precision el gé-

nero á que haya de pertenecer la cosa; por esto seria nulo el legado que se hiciese diciendo simplemente *de un animal.*—Entre las cosas del mismo género es preciso hacer eleccion, y este acto *ántes de Justiniano* lo practicaba el legatario en el legado *per vindicationem* y en el *per damnationem* el heredero. (Ulpiano, *Reg.*, tít. XXIV, § 14). *En tiempo de Justiniano* la eleccion corresponde siempre y en todo caso al legatario, salvo acuerdo del testador en opuesto sentido. Esta regla de las Instituciones no deja de ser sobrado absoluta, puesto que por la fuerza misma de las cosas el heredero debe tener á su favor la eleccion cuantas veces no exista en el patrimonio del difunto ningun objeto del género legado. (Instit., § 22, *eod.*)

Sea que la eleccion correspondiese al legatario, sea que la tuviese el heredero, jamás podrá recaer en el objeto mejor, ni tampoco en el peor de los del género legado. (L. 37, *pr.*, D., *De leg.* 1°) (1).

Legado de una cosa futura.—El testador puede legar una cosa que no exista de presente (*quæ in rerum natura non est*), pero que haya de existir más adelante (*si modo futura est*), como, por ejemplo, el hijo que haya de nacer de tal esclava. (Instit., § 7, lib. II, tít. XX.)

Legado de una cosa incorpórea.—Puede tambien legar el testador el derecho de crédito que tenga sobre una tercera persona. En semejante caso el heredero está obligado á ceder al legatario las acciones necesarias para el cobro del crédito: el legatario accionará entonces en calidad de mandatario (*procurator*) del heredero, pero estará exento de rendirle cuentas; será, pues, *procurator in rem suam.* (Instit., § 21, eod.)

Legado de opcion.—Llámase así aquel legado en virtud del cual un testador concede á la persona favorecida el *derecho de eleccion* entre varias cosas. Antes de Justiniano, el legado de opcion sólo era válido en tanto que la eleccion habia sido hecha por el mismo legatario, por ser esta facultad esencialmente personal. Si moria, pues, *antes de optar*, nada per-

(1) Sic. Van Wetter, t. I, § 183, p. 639.—Sin embargo, Maynz, t. II, § 276, p. 87, parece que permite al deudor de un género propiamente tal, ofrecer el último objeto de dicho género.

cibian sus herederos. Justiniano resuelve que sea válido el legado por el mero hecho de haber sucedido el legatario al testador; de modo que si el primero muere antes de haber optado, se transmitirá el derecho de opcion á sus herederos.

Otra innovacion se debe á Justiniano. En virtud del derecho antiguo cuando el legado de opcion se habia hecho á diversas personas, era preciso que los colegatarios se pusieran de acuerdo para la eleccion, pues en otro caso quedaba el legado sin efecto, y Justiniano resolvió que si ocurriese disentimiento entre los colegatarios, no se desvanezca el legado, sino que deba designarse por suerte la persona que deba escoger (*ut ad quemsors perveniat, illius sententia in optione præcellat.*) (Instit., § 23, *eod.*; L. 3, C., lib. VI, tít. XLIII.)

¿A FAVOR DE QUIÉNES SE PUEDE LEGAR?

Sólo se puede legar á favor de aquellos con quienes haya facultad de hacer testamento (*testamenti factio*), es decir, aquellos á quienes puédese instituir herederos. (Instit., § 24, lib. 17, tít. XX.)

A medida que la *testamenti factio* se ha ido extendiendo á ciertas personas á favor de la institucion de heredero, se ha extendido igualmente por medio de los legados. (Instit., §§ 25 á 29, eod.); y así es como, principalmente, las personas inciertas y los póstumos extraños que, segun el antiguo derecho, carecian de capacidad para ser instituidos herederos ó legatarios, vinieron á quedar relevados de aquella especie de interdiccion por el emperador Justiniano.

(*Remitimos al lector á los pormenores dados acerca de estos diversos puntos, supra,* 246 y sig. 254.)

No será ocioso advertir que en materia de legados, como en punto á las herencias, ha sido preciso, bajo el sistema de las leyes caducarias, distinguir el *jus capiendi* de la *testamenti factio*, distincion que desapareció completamente de las leyes en la época de Justiniano.

(*Remitimos á los pormenores dados acerca de este punto supra,* páginas 254 y 255.)

Desde que resulta con toda certeza que un testador ha

querido indicar á tal persona determinada, no será motivo de nulidad de un legado el error cometido en el nombre, sobrenombre ó pronombre del legatario. (Instit., § 29, *eod.*) Tambien es indiferente que el testador haya designado al legatario por una circunstancia que realmente no le convenga (*falsa demonstratione legatum non perimi.*) Por ejemplo: *lego el esclavo Estico que compré á Seyo*, siendo así que fué comprado á otro. A pesar de esta equivocacion, el legado es perfectamente válido. (Instit., § 30, *eod.*) Tambien lo será y con mayor motivo, si el testador funda el legado en una causa errónea (*falsa causa*) como por ejemplo: *lego á Ticio el esclavo Estico, porque ha cuidado mis negocios durante mi ausencia*; en cuyo caso el legado será válido aunque Ticio no haya cuidado los negocios del testador. La expresion de la causa que motiva la liberalidad, es en rigor, un detalle indiferente que pudo muy bien excusarse. Otra cosa diríase cuando el motivo se hubiese consignado *en forma de condicion*, pues en semejante caso el error en la causa invalidaria el legado. (Instit., § 31, *eod.*)

DISTINTAS MODALIDADES DE LOS LEGADOS.

El legado puede hacerse pura y simplemente, bajo condicion, bajo modo, á término y á título de pena.

Bajo condicion, cuando el testador ha hecho depender el legado de la realizacion de un acontecimiento futuro é incierto.

No será nulo el legado porque se haya puesto en él una condicion imposible ó ilícita, pues tales condiciones se reputan por no escritas. Esta fué al menos la opinion de los sabinianos, que al cabo ha prevalecido. (Gayo, C. III, § 98; Instit., § 10, lib. II, tít. XIV). (1).

Cuando el legado se hizo bajo condicion negativa, como

(1) Como la razon de ser de la sucesion testamentaria está en la voluntad del testador, esta regla, segun Maynz (*Cours de dr. rom.*, t. III, § 471. p. 340, texto y nota 21), no debió aplicarse al caso en que el testador hubiese declarado, ó resultase claramente de las circunstancias, que ha entendido subordinar su liberalidad á la condicion por él impuesta. El legado seria entónces nulo.

por ejemplo: *lego á Ticio cien sueldos de oro si no sube al Capitolio*, esta modalidad no puede resolverse hasta la muerte del legatario; en rigor, pues, no le reportará ningun provecho la liberalidad del testador.

Sin embargo, para dar á la voluntad del difunto completo efecto, *Quinto Mucio* consiguió, á beneficio de una fórmula, que el legatario se inmitiera en posesion de la cosa legada. Si más adelante obraba de tal suerte que faltara la condicion del legado, se le obligaba á devolver la cosa objeto del mismo y los provechos que hubiese conseguido. Esta fórmula se llamaba *caucion Muciana* (L. 7, D., *De cond. et demonstr.*, libro. XXXV, tít. I.).—*La caucion Muciana* era una *satisdatio* (LL. 67, 106, D., *eod.*) que se daba á la persona que debia, en caso de contravencion, aprovecharse de la falta del legatario, y esta persona era el heredero (L. 18, D., *eod*). (1)

No producirá efecto alguno el legado que se haga depender de la voluntad de un tercero. (L. 52, D., *eod.*)

Bajo modo (*sub modo*) cuando el testador ha dicho, por ejemplo, *lego seis sextercios á Titio para que construya un monumento á mi memoria.* (L. 40, § 5, D., *eod.*) El modo se distingue de la condicion en que aquél confiere al legatario un derecho inmediato con tal que se preste caucion para el cumplimiento de la modalidad, al paso que la segunda suspende los efectos de la disposicion hasta que dicha condicion se realice. (L. 80, D., *eod.*)

A término; hé aquí una diferencia capital entre legado é institucion de heredero (2).

El término es cierto ó incierto. En materia de legados al igual que sucede en las instituciones de heredero, el término incierto se considera como una condicion (*dies incertus conditionem in testamento facit*). Es necesario, pues, aplicar á los legados hechos *sub die incerto*, las mismas reglas é iguales efectos que á los legados condicionales. Sin embargo, cuando el término incierto ha de llegar forzosamente viviendo el legatario,

---

(1) Véase para más pormenores acerca de la caucion Muciana en materia de legados, Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 348-353.

(2) Véase supra, lib. II, tit. XIV, p. 260 y 261.

como, por ejemplo, si se dijese: *lego á Ticio cien sextercios cuando muera* (*cum morietur*) *el dies incertus,* no forma condicion; no es más que un término ordinario. (LL. 75, 79, D., *eod.*)

Segun el antiguo derecho romano no era posible hacer un legado *post mortem heredis* ó *post mortem legatarii*, ni áun, *pridie quam heres aut legatarius morietur*. Por el contrario, era válido el legado hecho *cum morietur heres vel legatarius*. Justiniano borró todas estas sutilezas, declarando indistintamente la validez de los diversos legados. (Instit., § 35, lib. II, título XX.)

A título de pena; este legado era nulo segun el derecho antiguo. Existia legado á título de pena, cuando se habia hecho para obligar al heredero á que se realizase ó no lo que se le imponia, como, v. gr., *«si mi heredero da en matrimonio su hija á Ticio, deberá pagar diez sueldos de oro á Seyo.»*

Dos razones mediaban para declarar la nulidad de semejantes legados:

1ª El legado es por su esencia un acto de liberalidad, y en los legados á título de pena, desaparece toda idea de benevolencia bajo el peso de la coaccion impuesta al heredero.

2ª El legado ha de ser un acto dependiente de la voluntad del que lo dispone, y en los legados á título de pena la liberalidad queda subordinada por completo al arbitrio del heredero.

Tambien era nula toda institucion de heredero que se hiciese á título de pena.

Esta disposicion del antiguo derecho fué derogada por Justiniano, concediendo mayor amplitud á la volundad del testador. A partir de la época justinianea, el legado á título de pena túvose por válido (*nihil distare á cœteris legatis*), salvo cuando por su objeto fuese torpe, contrario á las leyes ó imposible. (Instit., § 36, eod.)

TEORÍA DE LA ACRESCION.

Cuando se ha legado una misma cosa á varias personas y uno de los co-legatarios carece de capacidad para recoger la parte que le corresponde ó la repudia, ¿qué destino tendrá esta

porcion? ¿Cederá en provecho del heredero ó de los restantes colegatarios? Para resolver esta cuestion es preciso estudiarla en los tres distintos períodos que ha ofrecido.

Derecho anterior á las leyes caducarias. — Conviene distinguir las varias clases de legados:

1° *Legado per vindicationem.*—Este legado puede hacerse á favor de dos personas, ya sea *conjunctim*, esto es, por una sola y única disposicion, ya sea *disjunctim*, esto es, por diversas disposiciones. Será, por ejemplo, *conjunctim*, cuando se haya dicho: «doy y lego el esclavo Estico á Ticio y á Seyo (*Titio et Seio hominem Stichum do, lego*); y *disjunctim*, cuando se diga: «doy y lego á Ticio el esclavo Estico; doy y lego á Seyo el esclavo Estico (*Titio hominem Stichum do, lego*; *Seio Stichum do, lego*). En ambos casos, cada uno de los colegatarios viene llamado á la totalidad de la cosa legada (*in solidum habuerant*); de suerte, que si faltare uno de los dos, la parte deficiente aprovecha al otro por derecho de acrescer. Pero si concurren ambos colegatarios habrá particion entre los dos (*concursu partes fiunt*). (Gayo, C., II, § 199; Ulpiano, *Reg.*, título XXIV, § 12.)

2° *Legado per damnationem.*—En este legado no hay nunca lugar al derecho de acrescion; porque si el legado se hizo á dos colegatarios *conjunctim*, desde un principio viene llamado cada uno de ellos á sólo una parte de la cosa legada; si, pues, uno de los colegatarios falta, será el heredero quien se aproveche de la porcion vacante. Suponiendo que el legado *per damnationem* se hubiese hecho á favor de dos colegatarios *disjunctim*, la cosa se deberia desde un principio toda entera á cada uno de ellos. Si ambos concurren simultáneamente, deberá el heredero gravado entregar la cosa íntegra al primer colegatario que se la reclame, pagando solamente al segundo la estimacion. La falta de uno de los colegatarios recaerá en beneficio del heredero, que sólo deberá una sola vez el objeto del legado. (Gayo, C. II, § 265; Ulpiano, *Reg.*, tít. XXIV, § 13.)

El fundamento de una diferencia tan radical entre el legado *per vindicationem* y el legado *per damnationem*, se halla en la diversa naturaleza de la cosa legada por una ó por otra de ambas formas, pues la primera lleva consigo un derecho de

propiedad, mientras que la segunda es un derecho de crédito constituido en favor del legatario (1).

3° *Legado sinendi modo.*—El legado *sinendi modo* puede haber sido hecho á dos legatarios *conjunctim* ó *disjunctim*; en el primer caso, no habrá lugar al derecho de acrescion, y de igual manera que sucede en el legado *per damnationem*, es el heredero quien se aprovecha de la deficiencia del colegatario conjunto; en el segundo caso, hubo, segun nos dice Gayo (C. II, § 215), diversidad de pareceres entre los jurisconsultos, pues al paso que unos pretendian que se aplicasen las reglas del legado *per damnationem* hecho *disjunctim*, sostenian otros que se asimilaba completamente al legado *per vindicationem disjunctim*.

4° *Legado per præceptionem.*—Es una especie de legado *per vindicationem*, y por lo tanto se aplicarán á los legados *per præceptionem conjunctim* ó *disjunctim* las mismas reglas que al legado *per vindicationem*. (Gayo, C. II, § 223.)

II. *Sistema introducido por las leyes caducarias.*

La teoría del derecho de acrescer experimentó importantes modificaciones, en virtud de las leyes caducarias *Julia* y *Papia Poppæa*. Prescindimos desde luego del caso en que el legado hecho á uno de los colegatarios es originariamente nulo; en semejante hipótesis se le da la calificacion *pro non scripto*, y léjos de aplicarse las leyes caducarias, continúan en vigor las reglas del antiguo derecho de acrescer (2).

Réstanos, pues, hablar de las partes caducas (*caduca*) y de las *cuasi-caducas* (*in causa caduci*).

De las partes caducas.—Son partes caducas aquellas de

---

(1) Véase para más pormenores acerca los motivos de semejante diferencia, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 17-25.

(2) Segun Schneider, *Das alticivile und Justinianeische Anwachsungs Recht.*, p. 204 y sig., debieron existir diez y nueve casos en que se aplicara la disposicion *pro non scripto*. (D., lib. XXXIV, tít. VIII). Machelard, *Théor. du droit d'accroissement*, p. 177 y sig., confirma en ciertos puntos la exactitud de las proposiciones de Schneider, bien que juzga su enumeracion susceptible de ser reducida.

cuyo disfrute quedan privados los célibes, los *orbi* (1), ó sea los que siendo casados no han tenido hijos, y los latinos-junianos por la aplicacion de las leyes caducarias.

De las partes cuasi-caducas (in causa caduci).—Son partes *cuasi-caducas* aquellas que, válidas en su orígen, caen luego en invalidez por causas independientes de las leyes caducarias y por aplicacion de las reglas del derecho antiguo, como sucede cuando el legatario repudia el legado ó muere durante el intervalo que media entre la confeccion del testamento y la muerte del testador.

Devolucion de las partes caducas y cuasi-caducas, segun las leyes Julia y *Papia Poppæa.*—Las partes caducas y cuasi-caducas asígnanse á las personas que, hallándose inscritas en el testamento, tienen hijos legítimos. Esto es lo que se llama *jus patrum* ó *jus caduca vindicandi.*

¿Pero mediante qué órden se practicará la distribucion de las *caduca* entre los distintos *patres*? La leyes caducarias llaman:

En primer órden á los legatarios conjuntos. Estos legatarios pueden ser conjuntos *re et verbis,* lo cual acontece cuando una misma cosa se hubiese legado á varias personas en una sola y única disposicion ó cláusula. Ejemplo: *lego tal fundo á Ticio* y *á Seyo.* Pueden ser conjuntos *verbis tantum,* lo cual ocurre cuando se ha legado una cosa á varios legatarios en una misma cláusula, pero mediante designacion de parte á cada uno de los favorecidos; por ejemplo: *lego tal fundo á Ticio* y *á Seyo, á cada uno por una mitad.*—Finalmente, pueden ser conjuntos *re tantum* cuando el testador ha legado una misma cosa á varias personas en cláusulas distintas, como por ejemplo: *lego tal fundo á Ticio*; *lego el mismo fundo á Seyo.*—Sólo tenian preferencia en el *jus caduca vindicandi* las dos primeras clases de conjuntos.

En segundo órden á los herederos instituidos con tal que sean *patres.*

En tercer órden á los legatarios no conjuntos ó que lo sean *re tantum* y tengan hijos.

(1) La incapacidad de los *orbi* no era más que parcial, pues se les privaba sólo de la mitad de lo que se les hubiese dejado. (V. supra, lib. II, tit. XIV, p. 255).

En cuarto órden, y á falta de toda persona que tenga hijos, el fisco.

De la solidi capacitas.—Algunas personas, bien que *cælibes* ú *orbi*, se hallan exentas por distintos motivos de la desgracia con que la ley conmina á una y otra de aquellas condiciones. Pero estas personas gozan sólo de semejante privilegio en cuanto á las penas, pues en lo demás estáles vedado participar de las ventajas reservadas á la paternidad; sus derechos se limitan, pues, á conservar sin restriccion (*solidum*) lo que se les hubiese dejado; disfrutarán de aquello con que se les haya favorecido, pero nada más.

¿En beneficio de qué personas existe la *solidi capacitas*? Corresponde principalmente á los impúberes y áun á los menores de veinte ó de veinticinco años, segun el sexo; al que ha contraido esponsales, á los ancianos, salvo alguna restriccion; al impotente y al ausente por motivos legítimos, á los cognados hasta el sexto grado, y en el séptimo solamente al hijo del *sobrinus* y de la *sobrina*, y por último, á ciertos deudos (1).

Del jus antiquum.—El *jus antiquum*, que no debe confundirse con la *solidi capacitas*, ofrece á los que pueden invocarlo una posicion más ventajosa que la segunda. Es ni más ni ménos que el antiguo derecho de acrescer, conservado en provecho de los descendientes ó ascendientes del testador hasta el tercer grado inclusive. Así, pues, los *liberi* y los *parentes* se aprovecharán de las vacantes que dejen sus colegatarios sin que se les pueda objetar su cualidad de *cælibes* ó de *orbi* (2).

III. *Epoca de Justiniano.*

Los Emperadores Tiberio y Constantino ya introdujeron algun temperamento al rigorismo primitivo de las leyes *Julia* y *Papia*; pero Justiniano, por la ley única, C., *De cad. toll.*, lib. VI, tít. LI, hizo desaparecer los postreros vestigios de las leyes caducarias, restableciendo los antiguos principios del

---

(1) Véase acerca de todos estos puntos, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 60 y sig.

(2) *Sic.*, Machelard, ob. cit., p. 95 y sig.

derecho de acrescer en materia de legados *per vindicationem.*

Para saber qué destino tendrán las cargas impuestas á un legatario en el caso de faltar éste y haber lugar á la acrescion, es preciso distinguir tres épocas.

Antes del sistema de las leyes caducarias el derecho de acrescer es necesario, y tiene lugar *etiam invito colegatario*, pero sin cargas, *sine onere.*

Bajo el imperio de las leyes caducarias, los *patres* llamados á recoger las partes caducas pueden renunciar á ellas; no hay, pues, devolucion forzosa, pero en cambio el hecho de aceptar una parte caduca importa, para los *patres* que aceptaron, la obligacion de soportar las cargas con que viene gravada.

En la época de Justiniano hay que hacer una distincion segun el legado se hubiese dejado á varias personas *conjunctim* ó *disjunctim*; en el primer caso el derecho de acrescer es voluntario, y por consiguiente *cum onere*, miéntras que en el segundo caso el derecho de acrescer es necesario y tiene lugar *sine onere.*

REGLA CATONIANA.

La regla Catoniana es así apellidada por el nombre de su autor, ó mejor dicho, el jurisconsulto que la generalizó, pero se ignora cuál de los Catones fué precisamente quien dió su nombre á esta regla (1). Hé aquí su texto segun nos le proporciona Celso en la L. 1, *pr.*, D., *De Reg. Cat.*, lib. XXXIV, título VII): *Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.* De modo que para juzgar de la validez de un legado preciso es imaginar que la muerte del testador ha ocurrido inmediatamente despues de la confeccion del testamento. Si en tal hipótesis el legado no podia tener ninguna eficacia, se declarará nulo, áun á pesar de haber so-

---

(1) Segun Machelard (*Étud. sur la Règle Cat.*, Rev. hist. de dr. franc., t. VIII, p. 313), deberiamos inclinarnos á creer que los fragmentos del Digesto en que se mencionan los *libri Catonis*, se refieren, no á Caton el Censor, sino á su hijo, y que allí es donde se halla formulada la regla conocida por Catoniana, cuya introduccion es anterior al año 600 de Roma.

brevivido el testador. No hay que tener en cuenta los cambios acontecidos durante la época transcurrida desde la confeccion del testamento hasta el momento real de la muerte, como tampoco importa que los obstáculos existentes al principio hayan desaparecido en aquel intervalo (1).

La regla Catoniana no era propiamente otra cosa que una particular aplicacion á los legados del principio general consignado en la ley 29, *De reg. jur.*, lib. L, tít. XVII): *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.* Mediante aquella regla se puso término á la controversia que se habia suscitado respecto al *initium* de los legados, refiriendo este *initium* no á la época de la muerte del testador sino al mismo dia de otorgar el testamento (2).

La regla Catoniana no se aplicaba jamás á las instituciones de heredero, tocante á las cuales el *initium* no ha ofrecido nunca dificultad (3).

Ni áun en materia de legados fué de aplicacion absoluta la regla Catoniana; sólo regia en los legados cuyo *dies cedens* coincidia con la muerte del testador, pero no tenía ninguna influencia sobre aquellos cuyo *dies cedens* era posterior á dicho suceso. (L. 3, D., *De reg. Cat.*, lib. XXXIV, tít. VII.) Sabido es que en el legado condicional no llega el *dies cedens* hasta el cumplimiento de la condicion, por lo que dependia siempre de la voluntad del testador que su legado quedara fuera del alcance de la regla Catoniana, con sólo añadir á dicho legado una condicion.

Bajo el punto de vista de la aplicacion de la regla Catoniana no se estableció diferencia ninguna entre los legados y los fideicomisos; opinion que, sin embargo, se halla distante de ser generalmente admitida (4).

---

(1) Véase acerca del fundamento racional de la regla Catoniana, Ortolan *Explic. hist. des Instit.*, t. II, nº 860; Machelard, *loc. cit.*, p. 314, nº 3.

(2) Sic., Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 540, *Observ.* 3, nº 1; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 521, p. 638; Machelard, *loc. cit.*, p. 318, nº 11; Ortolan, *loc. cit.*

(3) Véase acerca esta controvertida materia, Machelard, *loc. cit.*, p. 323, nº 16 y sig.; Ortolan, t. II, p. 574, nota 2; de Fresquet, t. I, p. 454; Accarias (2ª edic.), t. I, nº 393, p. 953, nota 2 *in fine*; Maynz, t. III, § 521, p. 638, nota 11.

(4) Véase para más detalles acerca esta controversia, Machelard, ob. cit., página 536, números 81 y sig.

En la antigua jurisprudencia, la opinion que reunia en su apoyo el voto de los comentaristas más renombrados, era la de que la regla Catoniana habia sido en general suprimida para los legados, á partir de las leyes caducarias hasta Justiniano; la ciencia moderna, sin embargo, rechaza y combate semejante opinion (1).

DEL DIES CEDIT Y DEL DIES VENIT.

La explicacion que á estas dos expresiones ha dado Ortolan (t. II, núm. 850), es la que hoy más generalmente se admite.

Dies cedit significa «que el derecho eventual al legado se fija, se determina en provecho del legatario y que la exigibilidad del legado se acerca.»

Dies venit significa «que ha llegado ya la exigibilidad del derecho.»

¿CUANDO LLEGAN EL DIES CEDIT Y EL DIES VENIT?

Dies cedit.—En los legados *puros* y *simples ó á término cierto* el *dies cedit* tiene lugar *á morte testatoris;* mas bajo el imperio de las leyes caducarias el momento del *dies cedit* se retardó hasta el dia de la *apertura de las tablas del testamento* (*apertura tabularum*). La derogacion de las leyes caducarias hecha por Justiniano, vino á restablecer las antiguas reglas.

En los legados *condicionales ó á término incierto,* el *dies cedit* tiene lugar *ab eventu conditionis*, esto es, en el momento de cumplirse la condicion (2).

En aquellos legados que se refieren exclusivamente á la persona como los de libertad, de usufructo, de uso y de habitacion, el *dies cedit* solamente se verificará en el momento de

(1) *Sic.*, Machelard, *loc. cit.*, p. 533, números 76 y sig.; Vangerow, *Lehrb.*, § 540, nº 41; Accarias (2ª edic.), t. I, nº 394, p. 955, nota 1; Namur (2ª edic.). t. II, § 451, p. 249; Maynz, t. III, § 521 *in fine*, p. 640, texto y notas 24 y 25.

(2) Conviene hacer notar que no obstante haber pasado el *dies cedit*, el legado queda pendiente de la eventualidad de que sea válida la sustitucion de heredero, pues si éste no quiere hacer adicion, el legado deja de subsistir.

adirse la herencia, y no siendo transmisibles á los herederos, se ha creido que no produciria tampoco ninguna ventaja fijar el *dies cedit* en época más próxima á la muerte del testador.

Por último, en los legados consistentes en los trabajos de un esclavo (*operæ legatæ*) el *dies cedit* se fija en el dia de la demanda.

Dies venit.—El *dies venit* tiene lugar, respecto de los legados puros y simples, en el momento de adirse la herencia. Si el legado es condicional ó á término, el *dies venit* retárdase hasta la llegada del término ó el cumplimiento de la condicion.

Efectos del dies cedit.—Produce sus efectos bajo cuatro diversos puntos de vista:

1º Relativamente á la transmisibilidad del legado, que á partir de este momento, pasa ordinariamente á los herederos del legatario;

2º Relativamente á la determinacion de las personas que deben aprovecharse del legado;

3º Relativamente á la determinacion de las cosas legadas;

4º Relativamente á la pérdida ó conservacion del derecho legado.

TÍTULO XXI.

De la revocacion, de la traslacion y de la extincion de los legados.

Revocacion de un legado.—Esta revocacion puede ser expresa ó tácita:

Expresa cuando se halla consignada en el mismo testamento ó en codicilos. En la época de la jurisprudencia clásica sólo podia tener lugar la revocacion expresa por medio de locuciones solemnes, exactamente opuestas á las que se hubiesen escrito para otorgar el legado; si, por ejemplo, el testador habia dicho: *do, lego,* deberá revocar diciendo: *non do, non*

lego. Justiniano hizo desaparecer este rigor de fórmulas y declaró válida toda revocacion, aunque no se hiciera en términos opuestos á los del legado, bastando que la voluntad del testador aparezca bien claramente manifestada. Tambien suprimió una disposicion antigua, en cuya virtud, para que fuese válida la revocacion expresa por codicilo, era preciso que este se hallase confirmado por un testamento anterior. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XXI.)

Tácita es la revocacion cuando se deduce de ciertos hechos, como si por ejemplo, el testador destruye la cosa legada, si la retira del comercio, etc. En tales casos el legado no puede ser cumplido porque carece desde luego de objeto (1).

La revocacion de un legado puede ser *pura* y *simple* ó *condicional.*

Traslacion de un legado.—La *translatio legati* se verifica por cuatro diversos modos: 1° cambiando el legatario; 2° cambiando el heredero que debe dar el legado; 3° cambiando la cosa legada; 4° por oposicion ó mudanza de modalidad. (L. 6, *pr.*, D., *De adim. et transf. leg.*, lib. XXXIV, tít. IV.) La Instituta se ocupa sólo del primer caso por ser el más frecuente.

Toda traslacion de legado produce dos efectos:

1° La revocacion del legado á una primera persona. 2° La designacion de una segunda persona. Ejemplo: *Lego á Seyo el esclavo que tengo legado á Ticio.* Esta cláusula entraña revocacion del legado hecho á Ticio y atribucion á favor de Seyo. En este caso, el primer legado quedará definitivamente destruido áun cuando el segundo no llegase á tener efecto. (Instit., § 1, *eod.*)

Esta traslacion puede ser *pura* y *simple* ó *condicional.* Si *condicional* tambien la revocacion de primer legado queda pendiente de condicion.

Extincion de un legado.—Extínguense los legados por cuatro causas principales: 1° Incumplimiento de la condicion. 2° Muerte ó incapacidad del legatario, cuando sobrevienen an-

---

(1) Véase supra, p. 297, en la parte que concierne al efecto de la enajenacion de la cosa legada consentida por el testador, relativamente á la revocacion del legado.

tes del *dies cedens*. 3° Adquisicion por el legatario á título gratuito de la misma cosa legada. 4° Pérdida de la cosa.

La última de las citadas causas exige algunas explicaciones. Cuando el legado sea de cuerpo cierto, la pérdida de la cosa entraña la extincion del legado; bien que sea preciso para que tal efecto se produzca, que la pérdida hubiese tenido lugar sin el hecho del heredero (*sine facto heredis*). (Instit, § 16, *eod.*)

Cuando se trata de un legado de *cosa principal* la destruccion del objeto principal importa la caducidad del legado, áun respecto de los accesorios que hayan subsistido. Por ejemplo: si el testador ha legado un esclavo y al mismo tiempo su peculio, la muerte, la manumision ó la venta del esclavo extingue los derechos que sobre su persona le correspondian al legatario, al mismo tiempo que sus derechos sobre el peculio. Así tambien, cuando se ha legado un fundo *provisto de instrumentos ó con sus instrumentos* (*fundus instructus vel cum instrumento*), la destruccion ó enajenacion del fundo trae consigo la del accesorio, esto es, del *instrumentum*. (Instit., § 17, *eod.*)

Cuando se trata de un legado comprensivo de varias y distintas cosas, como sucede por ejemplo, si un testador ha legado una esclava con sus hijos (*ancilla cum suis natis*), la muerte de la madre deja el legado subsistente respecto á sus hijos, porque no se consideran estos como accesorios de la madre. Si se han legado esclavos ordinarios con sus vicarios (*ordinarii cum vicariis*) la muerte de los primeros no es motivo para que se extinga el legado de los segundos. Tambien sucede lo propio en el legado de un rebaño, que subsiste siempre aunque llegue á quedar el rebaño reducido á una sola res. El legatario puede reivindicar lo que reste aún del legado (*quod superfuerit vindicari potest*). (Instit., § 18, *eod.*) Lo mismo se dirá cuando el legado consista en una casa; si ésta se arruina completamente, conservará el legatario todos sus derechos sobre los materiales y el terreno. (L. 22, D., *De leg.*, 2.)

TITULO XXII

De la ley Falcidia.

Segun la ley de las Doce Tablas, el testador era libre de repartir todo su patrimonio entre los legatarios (*totum patrimonium erogare*), con lo cual sucedia que el heredero solia repudiar la sucesion por no tener interés ninguno en adir la herencia, y perdiendo todo su valor el testamento los legados no lograban cumplimiento. El difunto quedaba, pues, intestado, y esto se consideraba como una mengua; resultado que, al fin, no podia ménos de ser desventajoso para el testador, para el heredero y para el legatario.

Varias leyes se han promulgado con el intento de poner remedio á estos inconvenientes y restringir el derecho ilimitado con que disponia el testador de su patrimonio (*licentia legandi*). (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XXII.) Tales fueron las leyes *Furia testamentaria*, *Voconia* y *Falcidia*.

I. *Ley Furia testamentaria.*

Este plebiscito, cuya fecha parece remontarse al año 571 de Roma (1), prohibia bajo severas penas, aceptar un legado ó donacion por causa de muerte, cuyo valor excediese de mil ases. Habia, sin embargo, una excepcion en favor de los más inmediatos parientes (*exceptis personis quibusdam*). El medio establecido por la ley Furia no fué poderoso á corregir el inconveniente que la motivaba, pues el testador podia multiplicar los legados de mil ases hasta el punto de consumir con ellos la totalidad de la herencia. (Gayo, C. II, § 225; C. IV, §§ 23 y 24.)

---

(1) *Sic.*, Ortolan, t. II, nº 940; Demangeat, t. I, p. 765; Accarias (2ª edic.), t. I, nº 401, p. 974.

II. *Ley Voconia.*

Este célebre plebiscito, dado en el año 585 de Roma á propuesta de Caton, el antiguo, contenia, entre otras prohibiciones (1), la de otorgar un legado ó donacion por causa de muerte de más crecido valor que lo dejado al mismo heredero (*ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere licet, quam heredes caperent*). No hay duda que con esta ley se realizó un progreso, pero aún halláronse fáciles medios para burlarla, pues bien podia el testador repartir su patrimonio entre tal número de legatarios, que sólo tuviera el heredero una parte insignificante igual á cada uno de aquellos legados. (Gayo, C. II, § 226.)

III. *Ley Falcidia.*

Este plebiscito, dado en el año 714 de Roma, y que al parecer tuvo un objeto de carácter principalmente fiscal (2), dispuso que el heredero instituido tuviese por lo ménos *la cuarta* parte de su porcion hereditaria libre y exenta de deduccion por legados. (Instit., *pr.*, lib. II, tít. XXII; L. 1, *pr.*, D., *Ad leg. Falc.*, lib. XXXV, tít. II). Esta parte reservada al heredero se denomina, segun los textos, la *Falcidia* ó simplemente la *cuarta*; los comentadores la designan á menudo con el nombre de *cuarta Falcidia*.

No podia el testador, pues, disponer por vía de legado más que de las tres cuartas partes de su patrimonio; si los legados excedian de dicha porcion, quedaban reducidos *ipso jure* al límite de las tres cuartas partes.

El cálculo de la citada ley aplicábase á cada heredero separadamente (*in singulis heredibus*). Por ejemplo: Ticio y Seyo han sido ambos instituidos herederos; el primero ha sido gravado con legados que absorben su parte correspondiente, al paso que á Seyo sólo se le gravó con legados insignificantes. ¿Deberá establecerse compensacion entre las partes heredita-

(1) Véase supra, p. 254, nº 6.
(2) *Sic.*, Ortolan, t. II, nº 941, *in fine;* Brocher, *La légitime et les réserves*, p. 64.

rias de los dos instituidos; y porque Seyo haya recibido el cuarto ó más de toda la herencia, se verá privado Ticio del derecho de rebajar algo de lo que importen los legados con que se le ha gravado? Esta cuestion se resuelve, contestando que Ticio podrá retener el cuarto de su porcion respectiva. Cada heredero, pues, debe considerarse aislado, abstraccion hecha de los demás herederos. (Instit., *pr.*, *eod.*)

Pero, ¿qué diremos en el caso de que faltase uno de los herederos, y la parte por la cual se hallaba instituido hubiese de ser devuelta á su coheredero? ¿Deberíamos hacer el cálculo de la ley Falcidia una ó dos veces? En este punto hacíase una distincion: si la porcion libre de legados era la que acrescia á la porcion absorbida y grabada por los legados, el cálculo se hacia sobre el conjunto; no se reputaba más que por una sola cuarta, de modo que los legatarios salian gananciosos con la compensacion. Si, por el contrario, era la porcion gravada la que acrescia á la porcion exenta de cargas, el cálculo se hacia separadamente sobre cada una de los dos partes sin confusion ni compensacion; reputábanse por dos distintas cuartas ni más ni ménos que si hubiese dos herederos. (L. 78, D., *Ad leg. Falc.*, lib. XXXV, tít. II) (1).

Cálculo de la Falcidia.—Procede ante todas cosas, fijar la masa del activo hereditario, que se compone de todos los bienes muebles é inmuebles, derechos de crédito y cualesquiera valores que poseyera el difunto el dia de su fallecimiento. Cada objeto es apreciado por el valor que tuviese al tiempo de la muerte del testador. Esto es lo que se llama el activo en bruto. (Instit., § 2, lib. II, tít. XXII.)

De la masa total dedúcense las deudas del difunto, los gastos funerarios y el valor de los esclavos manumitidos. Lo que resta es el activo en limpio. (Instit., § 3, *eod.*), cuya cuarta

---

(1) Hoy es cosa por todos reconocida que en este último caso no há lugar al *jus adcrescendi*, sino á la *caducorum vindicatio*. Ciertamente: la citada ley 78 es un texto de Gayo, y en esta época y hasta la de Septimio Severo el derecho de acrescer continuaba gozando sus antiguas prerogativas; de modo que tenia lugar *sine onere*. Véase, en el mismo sentido, las obras de Ortolan, t. II, nº 943, nota 1; Demangeat, t. I, p. 771; Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 149 y sig.; Accarias (2ª edic.), t. I, nº 403, p. 979 y 980. Tal es tambien la opinion seguida por Labbé, *à son cours*.

parte la retendrá el heredero y las tres restantes se repartirán entre los legatarios en proporcion á lo que por legado correspondiese á cada uno. (Instit., *ibid.*) (1).

¿Qué se decidirá respecto á los cambios ocurridos en el valor de las cosas hereditarias despues de la muerte del testador y hasta la adicion de la herencia? En el terreno de los principios, estos cambios no tenian influencia ninguna en la determinacion de la cuarta Falcidia; si los bienes aumentaban en valor, habia un provecho para el heredero, pero nada ganaba con ello el legatario; si el valor disminuia tambien al heredero sufria la pérdida sin perjuicio ninguno por parte del legatario. Mas pudo acontecer que por efecto de circunstancias especiales, se perdiese una parte considerable de la herencia despues de la muerte del testador, de modo que con el pago de los legados debiese quedar más que invertido el resto del caudal. En este caso, tendrá el heredero un recurso; puesto que tiene la libertad de hacer ó no adicion de la herencia, sustrayéndose así á la obligacion de pagar los legados, podrá imponerse á los legatarios y procurar amistosamente que consientan en una reduccion, quedándole siempre á salvo, si los legatarios se resisten, la facultad de repudiar la herencia, con lo cual pierden toda su eficacia los legados. (Instit., § 2, *eod.*)

Extension dada á la Falcidia.—Primitivamente la reduccion dispuesta por la ley Falcidia sólo tenia lugar en los legados, pero más adelante se hizo extensivo el mismo principio legal á otras instituciones:

1° Por el senado-consulto *Pegasiano* se aplicó á las herencias fideicomisarias y á los fideicomisos impuestos al heredero instituido.

2° Un rescripto de Antonino Pio lo hizo extensivo á los fideicomisos impuestos al heredero *ab intestato*. (L. 18, D., *Ad leg. Falc.*, lib. XXXV, tít. II.)

3° Otro rescripto de Severo y Antonino comprendió tambien las donaciones por causa de muerte. (L. 27, D., *De mort. caus. don.*, lib. XXXIX, tít. VI.)

---

(1) Véase acerca de algunas cuestiones relativas al cálculo de la Falcidia en los legados de crédito, M. Pellat, *Text. des Pand.*, p. 295 y sig. (2ª edic.).

4° Por último, las donaciones entre los esposos. (L. 32, § 1, D., *De donat. int. vir.* lib. XXIV, tít. I.)

De suerte, que para garantir al heredero la seguridad de obtener su porcion hereditaria se sujetaban todas las citadas liberalidades á la misma reduccion que se hallaba establecida para los legados.

Disposiciones de Justiniano sobre la Falcidia.—Antes de Justiniano, el testador no habria podido impedir que se aplicase la ley Falcidia, ni áun habiendo manifestado de un modo expreso en su testamento su voluntad de privar al instituido de la cuarta hereditaria. Justiniano dispone que si el testador ha exigido que los legados deban ser íntegramente satisfechos sin deduccion de la cuarta Falcidia, el heredero se vea privado del beneficio de dicha ley. (Nov. I, cap. II, § 2.)

Tambien dispuso Justiniano, que si el heredero no hubiese practicado el inventario de los bienes de la herencia, no le sea permitido invocar la ley Falcidia. (L. 22, C., *Ad leg. Falc.*, lib. II, tít. XXX.)

Diferencias entre la cuarta Falcidia y la cuarta legítima.—1° La cuarta Falcidia se concede á los herederos instituidos, sean ó no parientes del testador, y á los herederos *ab-intestato*, sea cualquiera su grado. La cuarta legítima, por el contrario, sólo corresponde á determinados parientes (1).

2° La cuarta Falcidia es el cuarto de la parte que habria correspondido *ab-intestato* al legitimario. La falcidia, pues, podrá ser más ó ménos crecida que la legítima y recíprocamente (2).

---

(1) Véase supra, p. 272 y 273.
(2) Véase supra, p. 274, n° 3.

TÍTULO XXIII.

De los fideicomisos.

Definicion.—Entiéndese por fideicomiso una liberalidad hecha por el testador sin sujecion á fórmulas legales y sólo encomendada á la buena fé del heredero (*fideicommisa*).

Orígen de los fideicomisos.—Introdujéronse los fideicomisos con el propósito de dar facilidades al testador para favorecer con sus disposiciones á personas incapaces de recibir en forma de legado ó de institucion hereditaria. Así, pues, el testador que deseaba dejar algo á un peregrino, á un deportado, á un latino-juniano, á un célibe declarado incapaz por las leyes *Julia* y *Papia Poppea*, etc., experimentaba la imposibilidad de hacerlo directamente, pero el fideicomiso vino á proporcionarle un medio indirecto para conseguir el mismo propósito. Medio ciertamente muy imperfecto, puesto que al principio no se fundaba en vínculo ninguno de índole jurídica, y por lo tanto no podia el heredero verse forzado á cumplir la voluntad del testador (*nullo vinculo juris, sed tamtum pudore eorum qui rogabantur, continebantur fideicommisa*). Primeramente hubo de intervenir Augusto en algunos casos particulares para que fuese respetada la voluntad del difunto, mandando á los cónsules que interpusieran su autoridad. Pareciendo muy justo y popular el acuerdo, natural es que tuviera fácil acceso en la opinion; y de tal suerte se hicieron frecuentes los fideicomisos que fué preciso crear una pretura especial, á cuyo cargo estuviera de un modo exclusivo encomendada la dispensacion de justicia en esta materia (*prætor fideicommisa rius*). (Instit., § 1, lib. II, tít. XXIII).

Division de los fideicomisos.—Conocíanse dos clases de fideicomisos: *Las herencias fideicomisarias* (*hereditas fideicommisaria*), segun la expresion técnica del derecho romano, ó sean *fideicomisos universales*, conforme al moderno lenguaje de los comentadores; y los fideicomisos de una cosa particular (*fideicommissum singulæ rei*) que los autores llaman abrevia-

damente *fideicomisos particulares ó á título particular*. (Instit., § 2, *eod.*)

¿Cuándo el fideicomiso es universal?—Cuando el testador habia encargado á su heredero que restituyese á persona determinada, ya la *totalidad*, ya una *parte alícuota* de los bienes integrantes su patrimonio. Por ejemplo: el testador ha instituido heredero á Lucio Ticio, pero añadiendo: *ruégote Lucio Ticio, que restituyas mi herencia á Seyo cuando hayas podido hacer adicion.* (Instit., *ibid*). Por donde se vé que ofrece grandes analogías el fideicomiso universal con la institucion de heredero.

¿Cuándo el fideicomiso era particular ó á título particular?—Cuando el testador habia encargado á su heredero (ó á su legatario) que restituyese á determinada persona objetos particulares, tales como un fundo, un esclavo, un peculio, un rebaño, etc. El fideicomiso particular asemejábase más especialmente al legado.

Llamábase *fideicommitens* al que disponia en forma de fideicomiso; *fiduciarius* (heredero fiducidario), al que venia gravado con el fideicomiso; y *fideicommisarius* (heredero fideicomisario) al que debia recibir el beneficio del fideicomiso.

FIDEICOMISOS UNIVERSALES.

De la restitucion de la herencia por el fiduciario al fideicomisario.—Segun el derecho civil, el fiduciario que habia restituido la sucesion al fideicomisario, no perdia, en rigor de principios, su carácter de heredero; continuaba representando al difunto y estábanle reservadas las acciones para dirigirse contra los deudores de la herencia, como tambien debian dirigirse contra él los acreedores hereditarios. Si este principio se hubiese mantenido en toda su integridad, las consecuencias podrian haber sido, segun los casos, igualmente desfavorables para el fiduciario que para el fideicomisario; por esto se trató de ponerles remedio por sucesivas innovaciones. (Instit., § 3, *eod*).

Cuatro períodos conviene distinguir en esta materia: período anterior al senado-consulto Trebeliano; período de dicho

senado-consulto; período del senado-consulto Pegasiano, y período de Justiniano.

Primer período.—Antes del senado-consulto Trebeliano simulábase una venta de la herencia por medio de una sola pieza monetaria, *nummo uno, dicis causa.* El heredero se asimilaba á un vendedor y el fideicomisario á un comprador (*nec heredis loco, nec legatarii sed potius emptoris*). Por medio de estipulaciones *emptæ et venditæ hereditatis*, el heredero debia transferir al fideicomisario todo cuanto percibia con ocasion de la herencia, y el fideicomisario, á su vez, comprometíase á indemnizar al heredero de todas las reclamaciones que le dirigiesen los acreedores hereditarios. (Gayo, C. II, § 252). Este procedimiento á menudo adolecia de graves inconvenientes, pues bastaba la insolvabilidad de una de ambas partes para que desapareciera el equilibrio de la estipulacion.

Segundo período.—El senado-consulto Trebeliano, dado en la época de Neron, á propuesta del consul Trebelio, dispuso que la restitucion de la herencia por causa de fideicomiso (*ex fideicommissi causa*), sin privar al restituyente ó fiduciario de su cualidad de heredero, transferiria todas las consecuencias de dicha cualidad á la persona del fideicomisario, por tal manera, que las acciones que segun el estricto derecho civil (*jure civili*) se daban al heredero y contra él, pasarian al fideicomisario y podrian ejercitarse contra el mismo. El fideicomisario quedaba, pues, *loco heredis* (Gayo C. II, § 253; Instit., § 4, *eod.*), perdiendo así toda utilidad las estipulaciones *emptæ et venditæ hereditatis*. Pero estas acciones hereditarias dábanse por el pretor, en favor ó contra del fideicomisario, únicamente bajo la forma de acciones útiles (*utilitatis causa*); y estas acciones útiles no se oponian al ejercicio de las acciones directas que subsistian en provecho y en contra del heredero. El pretor corrigió esto último por medio de una excepcion *restitutæ hereditatis*, que podian utilizar los deudores de la herencia para repeler las acciones del heredero, y éste á su vez para rechazar las acciones de los acreedores hereditarios. (L. 1, § 4, D., *Ad senatus-cons. Trebell.*, lib. XXXVI, tít., I.) Este sistema si por un lado era bastante á protejer al heredero en el caso de insolvencia del fideicomisario, era por otro

lado muy deficiente, pues no estimulaba en los herederos el interés de ceder las herencias; sometidos al gravámen de restituir toda ó casi toda la herencia, solian las más veces repudiarla y se destruian con esto los fideicomisos. (Instit., § 5, *eod.*)

Tercer período.—El senado-consulto Pegasiano, cuya fecha corresponde al reinado de Vespasiano y cuya propuesta se debe al cónsul Pegaso, tuvo por objeto remediar el expresado inconveniente. Concedió al heredero fiduciario el derecho de retener la cuarta parte de la herencia; el fideicomisario, pues, no tuvo en adelante más que las tres cuartas partes. Fué una aplicacion del principio de la ley Falcidia en materia de legados (*perinde atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur*). Segun el sistema del senado-consulto Pegasiano, sólo al heredero fiduciario correspondian las acciones hereditarias, y sólo á él debian dirigir sus reclamaciones los acreedores de la herencia; y en cuanto al fideicomisario, quedaba equiparado á un legatario (*loco legatarii*). A merced de las estipulaciones *partis et pro parte,* que se cruzaban entre fiduciario y fideicomisario, el primero lograba en definitiva una cuarta parte del activo limpio, y el segundo las tres cuartas partes restantes. (Gayo, C. II, § 254; Instit., § 5, eod.)

Combinacion de los senado-consultos Trebeliano y Pegasiano.—El senado-consulto Pegasiano no derogó el Trebeliano; ambos quedaron subsistentes con distintas aplicaciones:

1° Cuando el heredero no estaba obligado á restituir más de las tres cuartas partes (*si quidem non plus quam dodrantem hereditatis*) como no habia lugar á retencion ninguna, la restitucion se verificaba en conformidad al senado-consulto Trebeliano; y por lo tanto, las acciones hereditarias se daban ya en favor del heredero y del fideicomisario, ya contra los mismos, á cada uno en proporcion á su respectiva parte. (Gayo, C. II, § 255; Instit., § 6 eod.) ¿Qué resolver en la hipótesis de que un heredero gravado con un fideicomiso superior á las tres cuartas partes de la herencia, hiciese adicion sin retener la cuarta parte del fideicomiso que por derecho le correspondia, segun el senado-consulto Pegasiano? Gayo (C. II, §§ 256,

257) y la Instituta (§ 6, *eod*) manifiestan que en semejante caso habia lugar á la aplicacion del senado consulto Pegasiano. El heredero, pues, ejercia exclusivamente las acciones hereditarias y contra él debian dirigirse. Tan sólo por medio delas estipulaciones *emptæ et venditæ hereditatis,* venian á recaer en definitiva sobre la persona del fideicomisario los efectos de aquellas acciones. Esta solucion, sin embargo, no dejaba de ser vivamente discutida, y muy en particular rechazada por Modestino. (L. 45, D., *Ad. sen. Treb.*, lib. XXXV, tít.I) y Paulo (*Sent.*, lib. IV, tít. III, § 2.)

2º Cuando el heredero escusábase de hacer adicion á pretexto de considerar onerosa la herencia (*si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam*), podia ser obligado á recogerla por mandato del pretor (*jussu prætoris adeat*) mediante demanda del fideicomisario. Pero como en tal caso hacia adicion en el sólo interés del fideicomisario, este último debia soportar todas las eventualidades, fuesen favorables ó adversas. Ejercitaba, pues, las acciones hereditarias el fideicomisario, ó se dirigian contra él, de igual suerte, dice Gayo, que en el caso del senado-consulto Trebeliano (*perinde..... ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto.*)

Cuarto período.—Justiniano refundió en uno solo ambos senado-consultos *Trebeliano* y *Pegasiano*, conservando para todo el conjunto de disposiciones el nombre de senado-consulto Trebeliano. Tomó de aquel senado-consulto la base principal referente á que el fideicomisario debia ser considerado como heredero (*loco heredis*), suprimiendo, por consiguiente, las estipulaciones que hacia necesarias el sistema del senado-consulto Pegasiano, mediante las cuales el heredero fiduciario y el fideicomisario se colocaban en situacion de sufrir uno y otro las eventualidades de su recíproca insolvabilidad. En adelante las acciones de la sucesion, así las activas como las pasivas, hiciéronlas el heredero fiduciario y el fideicomisario, y se dieron contra ellos en proporcion á la parte que á cada uno correspondia en la herencia. Subsistieron, sin embargo, dos importantes disposiciones del senado-consulto Pegasiano: 1ª, el derecho establecido á favor del heredero fiduciario de retener la *cuarta*; y asimismo, en el caso de que hubiese resti-

tuido al fideicomisario más de las tres cuartas partes, el derecho de repetir todo lo que hubiese pagado más allá de dicho límite (*vel repetere solutum*); 2ª, el derecho del fideicomisario para obligar al heredero á la adicion de la herencia. (Instit., § 7, *eod.*)

TÍTULO XXIV.

De los fideicomisos á título particular.

Formas de los fideicomisos.—Las fórmulas más comunmente usadas en los fideicomisos son las siguientes: *peto, rogo, mando, fidei tuæ commito*; el testador, sin embargo, puede manifestar su voluntad en la forma que tenga por conveniente. (Instit., § 3, lib. II, tít. XXIV.)

¿Quién puede ordenar un fideicomiso?—Tan sólo aquel que puede otorgar un testamento.

¿A quién puede imponerse un fideicomiso?—A todas las personas que reciben alguna parte de la herencia del difunto, al heredero instituido, á un legatario, á un fideicomisario, y áun al heredero *ab intestato*. (Instit., *pr.*, *eod.*)

¿A favor de quién puede hacerse un fideicomiso?—El objeto primitivo con que se instituyeron los fideicomisos no fué otro que facilitar medios indirectos de favorecer á ciertas personas incapaces de recibir por legado ó testamento; pero más adelante ya se impuso alguna restriccion á las liberalidades fideicomisarias, prohibiendo hacerlas en provecho de los peregrinos, de los *orbi* y de los célibes (1).

Cosas que pueden ser objeto de un fideicomiso.—Puédense dejar, por vía de fideicomiso, las mismas cosas que se hubieran podido legar *per damnationem*, segun el derecho antiguo, pero principalmente las cosas propias del heredero y áun las que lo son de una tercera persona. Cuando se deja por fideicomiso una cosa perteneciente á otro y el fiduciario no

---

(1) Esta prohibicion no procede, como podria creerse, de las leyes ***Julia*** y ***Papia Poppæa***, sino del senado consulto Pegasiano. Véase á este objeto Machelard, ***Dissert. sur l'accroissement***, p. 252 y sig.

puede adquirir la cosa, debe pagar al fideicomisario la estimacion. Pero en ningun caso el fiduciario vendrá obligado á restituir más de lo que haya recibido, y de la propia manera el heredero gravado con fideicomisos á título particular no debe pagarlos, segun el senado-consulto Pegasiano, sino en proporcion de las tres cuartas partes de la herencia. (Instit., § 1, *eod.*)

Tambien, por medio de fideicomiso, es permitido encargar al heredero instituido que manumita un esclavo propio del testador, del heredero ó de un extraño. Cuando suceda esto último, si el propietario del esclavo persiste en no querer enajenarlo, el heredero no deberá pagar nada, y en cuanto al fideicomiso en sí mismo se ha resuelto por Justiniano, á pesar de la opinion de Gayo, que no quedará extinto, si que solamente diferido por la resistencia que oponga el dueño del esclavo (*non statim extinguitur fideicomisaria libertas, sed differtur*). El fiduciario, pues, debe aguardar la primera ocasion que se le ofrezca para comprar y manumitir el esclavo (*quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimenti fuerit præstari libertas*. (Instit., § 2, *eod.*)

TÍTULO XXV.

De los codicilos.

Definicion y etimología.—El codicilo es un acto de postrera voluntad que, á diferencia del testamento, no exige ninguna solemnidad de forma (*nullam solemnitatem ordinationis desiderat*. (Instit., § 3, lib. II, tít. XXV.)

La palabra *codicillus,* diminutivo de *codex,* nombre dado á las tablas en que se contenian los actos más importantes, como el testamento, significa, propiamente hablando, las tablitas ó pequeñas tablas en las cuales se consignaban los actos ménos importantes, simples notas (Séneca, *Epist.* 55), y especialmente disposiciones á menudo fideicomisarias. Estas tablitas ó *codicilli* se hallan generalmente redactadas en forma de cartas misivas, de donde procede la expresion *epistola fidei-*

commisaria (L. 37, § 3, D., *De legat. et fidei,* lib. XXXII, título III; L. 89, *pr.*, D., *De legat. et fidei.*, lib. XXXI, tít. II.)

Orígen de los codicilos.—No se conocian los codicilos ántes de la época de Augusto; Lucio Sentulo, á quien se atribuyen los primeros fideicomisos, es el que introdujo los codicilos. Hallándose próximo á morir en Africa escribió codicilos confirmados en su testamento, en los cuales hizo algun encargo á Augusto, usando la forma de fideicomiso, y el Emperador dió cumplimiento á la voluntad del otorgante. Otras personas gravadas igualmente con fideicomisos los cumplieron, de modo que la hija de Sentulo pagó por sí misma legados que no debia, segun el estricto derecho civil (*quæ jure non debebat solvit*). Augusto convocó á los Prudentes, entre los cuales se hallaba Trebacio, que á la sazon gozaba de gran renombre, y les consultó acerca de si podia ser contrario al derecho admitir el uso de los codicilos. Trebacio logró convencer al Emperador de la conveniencia y áun de la necesidad de los codicilos para los ciudadanos, fundándose ante todo en la consideracion de que durante los viajes largos, ya frecuentes en aquella época, era muchas veces imposible otorgar un testamento, al paso que se presentaba cosa fácil hacer codicilos. Más adelante hízolos tambien el jurisconsulto Labeon, y á partir de aquel tiempo quedó universalmente reconocida la validez de los codicilos. (Instit., *pr.*, *eod.*)

¿Cuándo se pueden dejar codicilos?—Podrá dejar codicilos lo mismo el que muere intestado que el que muere despues de haber otorgado su testamento. (Instit., § 1, *eod*). En el primer caso los codicilos tienen existencia propia, llevan en sí mismos las causas de validez ó de nulidad. (L. 16, D., *De jur. cod.*, lib. XXIX, tít. VII); en el segundo caso los codicilos están íntimamente relacionados con el testamento, siguen su misma suerte y sólo subsisten por el testamento y con el testamento, de modo que la invalidacion del último trae consigo la de los codicilos. (L. 3, § 2; L. 16, D., *De jur. cod.*, lib. XXIX, tít. VII.)

De los codicilos confirmados.—Dos modos hay de confirmar los codicilos en testamento: ó *in futurum* ó *in præteritum: in futurum* cuando el testador manifiesta de antemano su voluntad de que sean cumplidos los codicilos que pueda

otorgar más adelante; *in præteritum*, cuando el testador confirma codicilos anteriores mentándolos especialmente. Además pueden venir á la vez comprendidos en una misma confirmacion los codicilos anteriores y los posteriores al testamento. (L. 8, *pr.*; L. 18, D., *eod*).

¿Qué se resolverá cuando en un testamento posterior el testador no hubiese confirmado codicilos hechos anteriormente? ¿Quedarán estos derogados? Así lo juzgaba Papiniano, pero un rescripto de Severo y Antonino dispuso que tales codicilos debian sostenerse cuantas veces no se probase que habia el testador cambiado de voluntad. Es, pues, la intencion del otorgante lo que se debe apreciar en semejante caso. (Instit., § 2, lib. II, tít. XXV.)

Semejanza entre un codicilo confirmado y otro no confirmado por testamento.—Sea que se confirme por testamento el codicilo, sea que no se confirme, jamás puede contener institucion de heredero, ni revocacion de institucion, ni substitucion ni desheredacion. (Instit., § 2, *eod*).

Diferencia entre un codicilo confirmado y otro no confirmado.—En un codicilo confirmado se puede hacer y tambien revocar un legado, manumitir directamente á los esclavos y nombrar tutor; al paso que sólo pueden hacerse fideicomisos en un codicilo no confirmado. (L. 43, D., *De manum., test.*, lib. XL, tít. IV; L. 3, *pr.*, *De test. tut.*, lib. XXVI, título II.)

Semejanza entre un codicilo y un testamento.—En principio sólo puede hacer un codicilo el que tiene capacidad para otorgar un testamento. (L. 6, § 3, D., *De jur. cod.*, libro XXIX, tít. VII). Esta regla tiene, sin embargo, una excepcion en favor del ciudadano que se halla cautivo entre los enemigos. (L. 12, § 5, D., *De captiv. et postlim.*, lib. XLIX, tít. XV.)

Diferencias entre un codicilo y un testamento.—Hemos dicho que un codicilo no puede contener institucion de heredero, ni substitucion, ni desheredacion; en una palabra, ninguna de aquellas disposiciones que forman la esencia del testamento. Además, el testador sólo puede al morir dejar un testamento, miéntras que no hay dificultad en dejar varios co-

dicilos, y cada uno de ellos no revocará los anteriores, cuando el otorgante no hubiese expresamente manifestado lo contrario, sino en todo aquello que aparezca incompatible con las nuevas disposiciones. (Instit., § 3, *eod.*) (1).

Diferencia entre un codicilo y un legado.—Así como no se puede imponer la carga de los legados á los herederos *ab-intestato*, los codicilos pueden otorgarse, como ya se ha dicho, áun por una persona que muera sin testamento.

Formalidades dispuestas para los codicilos en tiempo de los emperadores de Constantinopla.—Conforme á una constitucion de Teodosio el Jóven, los codicilos deben hacerse bajo unidad de contexto (*in uno eodemque tempore*), ya verbalmente, ya por escrito y en presencia de cinco testigos, los cuales deben poner su firma cuando sea escrito el codicilo (*subnotationem suam*). (L. 8, § 3, C., *De codicil.*, lib. VI, tít. XXXVI). En la época de Justiniano la presencia de cinco testigos fué requisito exigido para la validez de cualquier acto de última voluntad que no fuese testamento. (Instit., § 12, lib. II, título XXIII). Conviene observar que tales formas no eran exigidas *ad solemnitatem* sino *ad probationem*, si bien que faltando aquellas podia sustituirse por el juramento. (Instit., § 12, *eod.*)

De la cláusula codicilar.—Un testamento que como tal sería nulo, podrá valer como codicilo si el testador ha manifestado esta intencion en cláusula *expresa* del testamento. (L. 8, *pr.*, y § 1, C., *De codicil.*, lib. VI, tít. XXXVI) (2). Los comentaristas han dado á esta cláusula el nombre de *cláusula codicilar* (3).

---

(1) Segun la L. 1, §§ 13 y 29, D., *De jur. cod.* el testamento no vale como á codicilo, aun cuando existan en él las formalidades necesarias para estos, si no hubo más intencion que la de hacer testamento. (N. del T.)

(2) En el derecho clásico podia inducirse de cualquiera circunstancia la voluntad del testador sobre este punto. (L. 1, D., *De jure codicil.*, lib. XXIX, tít. VII.)—En virtud de esta cláusula el testamento al que faltan las solemnidades necesarias para ser válido como tal, se sostiene como codicilo, mientras tenga las que para este son precisas. (N. del T.)

(3) En nuestro derecho moderno no se ha sostenido el codicilo como acto *sui generis*; sólo impropiamente se da en la práctica este nombre á los actos de última voluntad otorgados por lo comun bajo forma ológrafa, y por medio de los cuales se modifica con adiciones ó supresiones parciales un testamento anterior.—Los codicilos, como los testamentos, pueden hacerse abiertos ó cerrados. (L. ult. C.; L. 1ª tít. 12, Partida 6ª.) (N. del T.)

LIBRO TERCERO

TITULO PRIMERO

De las herencias deferidas «ab intestato.»

TITULO II

De la sucesion legítima de los agnados.

La sucesion legítima sólo tiene lugar en defecto de sucesion testamentaria; por esto únicamente designa heredero la ley cuando el difunto no cuidó de nombrarlo por sí mismo.

¿EN QUÉ CASOS MUERE UNO INTESTADO?

Tres son los casos principales: 1º Cuando el difunto no ha hecho testamento (*qui omnino testamentum non fecit*), ó lo que viene á ser lo mismo, cuando el que ha hecho fuese irregular (*non jure fecit*) ó inoficioso (1); 2º Cuando ha hecho un testamento regular y válido en su orígen, pero que se ha roto más tarde (*ruptum*) (2) ó se ha inutilizado (*irritum*) (3); 3º Cuando ha hecho un testamento que podria ser válido, pero que resulta destituido por la incapacidad ó por la renuncia de todos

(1) Véase acerca del testamento inoficioso, *supra*, lib. II, tít. XVIII, p. 271 y siguientes.

(2) Acerca de lo que debe entenderse por testamento *ruptum* ó *irritum*, véase, más arriba, lib. II, tít. XVII, p. 270 y 271.

(3) Idem, id.

los herederos instituidos (*destitutum*). (Instit., *pr.*, lib. III, título I.)

Observacion.—No siempre basta para tener herederos *ab intestato* haber muerto *sin testamento.* En efecto, la Instituta manifiesta que el padre de familia muerto *intestado* que *post mortem suam* ha sido juzgado como reo de alta traicion (*iudicatus perduellionis reus*) y condenada su memoria por tal delito (*per hoc memoria ejus damnata*), no podrá dejar herederos *ab intestato,* sino que sus bienes pasarán al fisco. Conviene mencionar en este punto una excepcion de otra regla. Los romanos habian establecido el principio de que no podia perseguirse un delito despues de la muerte del culpable, y esta es la regla que sufria excepcion para el caso de alta traicion al Estado y al Emperador. (Instit., § 5, lib. III, tít. I.)

Modificaciones de la legislacion en materia de sucesiones «ab intestato.»—Hallándose íntimamente relacionado el sistema de las sucesiones *ab intestato* con el estado general de la sociedad, ha debido necesariamente sentirse influido por los cambios que tuvieron lugar en la constitucion social y política del pueblo romano. Tal es el motivo de las numerosas modificaciones que se operaron en esta materia. Importa, sin embargo, dejar bien sentado que á pesar de los progresos posteriores á la ley de las Doce Tablas, ésta hubo de ser hasta las Novelas de Justiniano la base del sistema de sucesiones.

I. *De la ley de las Doce Tablas.*

Sencillo por demás era el sistema introducido por la ley de las Doce Tablas; por ella venian llamados en primer término á la sucesion *ab intestato* los *herederos suyos* del difunto, en segundo los *agnados* y en tercero los *gentiles* (*Intestatorum hereditas lege Duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur.* (Instit., § 1, *eod.*)

DE LOS HEREDEROS SUYOS.

Definicion.—Ya dijimos (1) que son herederos suyos aquellos que se hallan bajo la *inmediata* potestad del testador en el momento de morir éste y que pasan á ser sus herederos. Tales son, por ejemplo, el hijo, la hija, el nieto y la nieta cuyo padre haya salido de la familia ó sufrido desheredacion en el testamento del abuelo.—Y cuenta que no debemos hacer distincion ninguna, sea cualquiera la causa que haya producido la pátria potestad, ya proviniere de justas nupcias, ya de adopcion, ya de legitimacion por oblacion de la curia, ya de subsiguiente matrimonio, y en el derecho anterior á Justiniano, de ciertos modos de constitucion de la pátria potestad, tales como la *causæ probatio* (2), el *erroris causa probatio* (3) y la *manus* (4) siempre los hijos sometidos á la potestad *inmediata* del jefe de familia en el momento de su muerte, vienen á ser herederos suyos.

Casos excepcionales hay en los que el heredero no ha estado jamás en la potestad del *de cujus* ó en que habia salido de la misma con anterioridad á la muerte de aquél. Dos casos nos citan las Instituciones: 1° Cuando el *de cujus* muere dejando á su esposa en cinta, el hijo, si naciere vivo, será el heredero suyo de su padre aunque jamás haya estado bajo su potestad. (*Postumi quoque qui, vivo parente, nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.* (Instit., § 2, *in fine*). De modo que no es preciso haber nacido ántes de la muerte del *de cujus* para tener aptitud de recoger la sucesion; es bastante haber sido ya engendrado (*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*). Pero cómo se probará que el hijo estaba ya concebido en el momento de morir el padre. La fecha de la concepcion se fija por medio de una presuncion. Júzgase que un niño habrá sido concebido ántes de la muerte de una persona cuando tiene lugar el nacimiento

(1) Véase, lib. II, tít. XIX, p. 281 y sig.
(2) Véase acerca de estos puntos, *supra*, lib. I, tít. X, p. 104 y 105.
(3) Idem, id.
(4) Idem, pág. 107.

dentro de los diez meses que siguen á la muerte de dicha persona (1); 2º Cuando un hijo de familia que se hallaba cautivo á la muerte de su padre recobra más tarde la libertad, viene á ser heredero suyo de aquél, por más que de hecho no se halló bajo su potestad en el instante del fallecimiento. (*Jus enim postliminii hoc facit*). Gracias á una ficcion, el hijo de familia recobra todos los derechos á la herencia de su padre como si nunca se hubiese hallado en cautiverio, sino constantemente bajo la potestad de aquél (2). (Instit., § 4, *eod.*)

Cómo se define la representacion.—Es una disposicion de la ley en cuya virtud los descendientes de un hijo, de un nieto, etc., ascienden á ocupar el grado que al fallecer su ascendiente queda vacante en la familia, y vienen, por consiguiente, llamados á suceder en lugar de aquellos, es decir, á tomar la porcion y nada más que la porcion, que á su causante hubiera correspondido á no haber premuerto. (Instit., § 6, *eod.*)

Efectos de la representacion.—Son dos los que produce: *Primero*. Por representacion concurren los descendientes de un hijo ó de un nieto, etc., premuerto, con otro hijo ó hija del difunto; lo cual envuelve una excepcion á la regla de que entre sucesores de un mismo órden se determina la preferencia por la proximidad de grado. Ejemplo: el difunto ha dejado un hijo viviente, *Primus*, y nietos nacidos de otro hijo premuerto, *Secundus*; pues bien, los hijos de *Secundus* pueden represen-

---

(1) En el derecho romano, sólo se abre la sucesion *ab intestato* cuando es seguro que no habrá herederos testamentarios; de lo cual se sigue, que puede abrirse dicha sucesion mucho tiempo despues de haber fallecido el *de cujus*. Para suceder *ab intestato* á una persona, es preciso que concurran las cuatro circunstancias siguientes: 1º Haber existido ya en vida de la persona á quien se sucede, ó por lo ménos haber sido concebido, ya que esto basta para tener al niño por nacido (*pro nato*). Dos razones hay para esto: *Primera*, la sucesion *ab intestato* siempre se funda en los vínculos del parentesco; y no puede haber parentesco real sino entre indivíduos que han existido al mismo tiempo. *Segunda*, la sucesion *ab intestato* es una transmision de derecho, y ésta sólo es posible á condicion de que desde aquel mismo momento en que un derecho deja de radicar en una persona, haga tránsito, sin intervalo de tiempo, á otra persona, lo cual exige que las dos personas hayan coexistido á lo ménos un momento racional; 2º, estar vivo todavía en el momento de abrirse la sucesion, es decir, en el momento en que se logra la certeza de que no habrá herederos testamentarios; 3º, tener capacidad para suceder; 4º, estar por esta época en órden útil y en el grado de parentesco más próximo al *de cujus*.

(2) Véase lib. I, tít. XII, p. 118, los pormenores acerca del *jus postliminii*.

tar á éste para el efecto de concurrir junto con su tio *Primus* en la division de la herencia del *de cujus* (*neptes nepotesque in patris sui locum succedere*). *Segundo*. En caso de representacion no se reparte la herencia *por cabezas*, sino *por estirpes*, ó sea por ramas de familia, dividiendo la sucesion en tantas porciones cuantas sean dichas ramas; los que concurren por derecho de representacion, sean tan numerosos como se quiera, sólo toman la parte que hubiera correspondido á su representado, caso de haber sobrevivido. Ejemplo: un individuo muere dejando un hijo viviente, *Primus*, y tres nietos, de otro hijo premuerto, *Secundus*; *Primus* percibirá la mitad de la herencia, y los tres hijos de *Secundus* llevarán entre todos la *mitad* restante. (Instit., § 6, *eod*). Adviértase que la representacion puede producir tan solo el último de los dos efectos que dejamos indicados. Supóngase que tenía el difunto dos hijos, *Primus* y *Secundus*, que le hubiesen premuerto, dejando hijos cada uno en número desigual; *Primus* uno ó dos, *Secundus* tres ó cuatro. Hallándose los nietos en igualdad de grado respecto al *de cujus*, suceden *por derecho propio*, y por lo tanto, no necesitan acudir al de representacion; pero ésta se aplica con el objeto de que se verifique la particion *por estirpes* y no *por cabezas*. Los hijos de *Primus*, ya fueren uno ó dos, llevarán la mitad, y los de *Secundus*, sean tres ó cuatro, la otra mitad. (Instit., § 6, *eod.*)

¿Cómo adquiere la herencia el «heres suus?» —El heredero suyo es al propio tiempo *necesario* (*necessarius*), porque sin adicion, quiera ó no quiera, viene á ser heredero; de lo cual se deduce que nada importa que el heredero suyo esté privado de razon (*furiosus*), ó sea pupilo en el momento en que se abre la sucesion *ab-intestato*. Ni el loco ni el pupilo necesitan del consentimiento del curador ni de la autorizacion del tutor respectivamente para adquirir la herencia, lo cual tiene lugar de pleno derecho (*ipso jure*) (1) (Instit., § 3, *eod.*)

---

(1) Véase, sin embargo, en el lib. II, tít. XIX, p. 282, lo que decimos acerca del derecho de abstencion concedido por el pretor á los herederos suyos y necesarios.

DE LOS AGNADOS.

En defecto de los herederos suyos, la ley de las Doce Tablas llamaba á la sucesion al más próximo agnado del difunto (*Ad agnatum proximum pertinet hereditas*. Instit., *pr.*, lib. III, título II). Ya explicamos en otro lugar (pág. 97), lo que debemos entender por agnacion.

Eran recíprocamente agnados los hermanos nacidos de un mismo padre (*consanguinei*), aunque la madre fuese distinta; el sobrino y su tio paterno; los hijos nacidos de dos hermanos consanguíneos, etc. (Instit., § 1, lib. III, tít. II). Tambien podian existir agnados por adopcion; así lo eran los hijos naturales (1) y los que hubiese adoptado el padre, como tambien aquellos que adoptase un hermano, un tio paterno ó cualquier otro agnado más lejano. (Instit., § 2, *eod.*)

No cabe la representacion en el órden de los agnados. —La ley de las Doce tablas no admitia la representacion dentro del órden de los agnados; el grado más próximo excluia siempre á todos los demás grados. (Instit., § 5, lib. III, título II). Así, pues, si el difunto deja un hermano y un hijo de otro hermano ó un tio paterno, el hermano será preferido *quia gradu præcedit*. (Gayo, C. III, § 15). Tampoco se admitia la representacion para verificar el reparto de la herencia por estirpes; este reparto se hacia siempre por cabezas entre los agnados del mismo grado (*in capita dividendam esse hereditatem*).

De donde se deduce, que si el difunto no dejaba hermano alguno, y sí únicamente sobrinos, éstos participaban de la herencia en porciones iguales, lo mismo en el caso en que fuere desigual el número de dichos sobrinos, como en aquel otro en que habia *uno* ó *dos* hijos de un hermano y *tres* ó *cuatro* de otro hermano. Cuantas fuesen las personas que hubiese de una y otra parte, tantas eran las porciones en que la herencia se dividia (*in tot portiones hereditas dividetur*), de suerte que tomase

---

(1) Ya se advierte que la palabra *naturales* se usa en este lugar en oposicion al concepto de *adoptados*, y no en el sentido de *ilegítimos*; quiere significarse que son hijos *por naturaleza*, no por *la ley*.—(*N. del T.*)

cada individuo una de aquellas porciones (*ita ut singuli singulas portiones ferant.* Gayo, C. III, § 15, 16.)

¿En qué momento importaba ocupar la situacion de agnado más próximo para suceder «ab intestato» al difunto?—No precisamente al tiempo de la muerte, sino cuando aparece de un modo positivo y cierto que no existe ningun heredero testamentario. Esta regla era general y de aplicacion á todas las sucesiones *ab intestato*; á los *heredes sui*, lo mismo que á los agnados. De aquí se desprende, que si el difunto dejaba un testamento, podia muy bien suceder que viniese á ser heredero un agnado que no era el más próximo al tiempo de fallecer el testador. Ejemplo: Un individuo muere despues de haber otorgado testamento, dejando un hermano y un tio paterno; poco despues muere tambien el hermano, ántes de que el heredero nombrado haya hecho adicion; y suponiendo que este heredero, lejos de hacerla, renuncia á la herencia, resulta que se viene á encontrar en el sitio del agnado más próximo el tio paterno, puesto que el hermano no ha llegado á tener jamás derecho ninguno á la sucesion del difunto. (Inst., § 1, *eod.*)

No existe devolucion de grado.—Segun la ley de las Doce Tablas, no habia devolucion de un grado de agnacion, y así no podia, por deficiencia de un grado, recoger la herencia el subsiguiente. (Gayo, C. III, § 12; Instit., § 7, *eod.*) De suerte, que dentro de cada uno de los órdenes, sólo se deferia la herencia una sola vez al grado más próximo. Era este un principio general aplicable á todos los órdenes de herederos legítimos, lo mismo á los herederos suyos y á los *gentiles* que á los agnados. (*Successio in his heredibus non est.*)

DE LOS GENTILES.

En defecto de herederos suyos y de agnados disponia la ley de las Doce Tablas que la herencia intestada hiciese tránsito á los *gentiles*. «*Si nullus agnatus sit*, dice Gayo (C. III, § 8) *eadem lex Duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat.*»

Definicion.—Ciceron en sus *Tópicos* (nº 6), despues de haber examinado los caractéres que debe reunir una definicion exac-

ta, cita como modelo de definiciones la de los *gentiles* que toma del jurisconsulto Scevola: «*Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Non satis est: qui ab ingeniis oriundi sunt. Ne id quidem satis est: quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc: qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est.*» «Los *gentiles* son aquellos *que llevan todos un mismo nombre.* Esto no es bastante: *que son de orígen ingenuo.* Todavía no es suficiente: *cuyos antecesores no han estado jamás en esclavitud.* Aún parece que no es completa la definicion: *que no han sufrido capitis deminutio.* Así es del todo comprensiva.»

No ha bastado, sin embargo, esta minuciosa definicion para evitar que se formasen variadas conjeturas acerca de lo que fueron los gentiles.

Distintas explicaciones de la gentilidad. — Cuatro son las que principalmente merecen ser examinadas.

Primera explicacion.—La *gens*, es el conjunto de las distintas familias, procedentes de un mismo tronco; el vínculo de la sangre, por lo tanto, es el que forma la base de esta especie de asociacion. Así como el parentesco de un órden forma el vínculo de agnacion, el parentesco de otro órden constituye la relacion de gentilidad. La gentilidad supone, pues, entre los miembros que componen la *gens*, un parentesco agnaticio lejano, cuyo recuerdo se mantiene todavía, bien que se haya borrado la nocion exacta del grado que lo constituye. Tal es la opinion de Sigonio, prohijada con distintas modificaciones por Laferrière (1), Troplong (2) y Sumner Maine (3).

Apóyase dicho sistema en numerosos textos: «*Gentilis dicitur*, escribe Festo, *ex eodem genere ortu*» «*Gens majorum seriem quærit,*» añade Fronton. Atiéndase principalmente á este pasaje que Varron escribe: «*Ut in homines sunt agnationes et gentilitates, sic in verbis: ut enim ab Æmilio homine orti, Æmilii ac gentiles; si ab Æmilii nomine, declinatæ voces in gentilitate nominati; ab eo enim quod est impositum recto casu Æmilius, orta, Æmilii, Æmilium, Æmilios, Æmiliorum, et sic reliqua ejus-*

(1) *Histoire du dr. civ.*, t. I, apéndice 1°, p. 451 y sig.

(2) Consúltense las observaciones de Troplong sobre la gentilidad romana (*Rev. de legislat.*, año 1847, t. I, p. 5 y sig.)

(3) *L'ancien droit*, traducido del inglés por Courcelle Seneuil, p. 190.

dem quæ sunt stirpis» (1). Este sistema que hace consistir la gentilidad en una relacion proveniente de la identidad de orígen y de sangre, ha sido combatido por Cauvet (2), Ortolan y Giraud.

Demangeat (*Cours élém. de dr. rom.*, t. II, p. 46), lo rechaza en los siguientes términos: «Podemos tener por cierto que los *gentiles* llamados á la herencia..... no forman parte necesariamente de la misma familia que el *de cujus* (3).

Segunda explicacion.—La *gens* nada tiene que ver con el parentesco ni con la comunidad de orígen; se funda en muy distinto principio. No es más que una combinacion política, una agregacion de familias entre sí extrañas y solamente re unidas por relaciones municipales y religiosas. La *gens* forma la decuria ó fraccion de la curia que á su vez no es más que una fraccion de la tribu (4). Los miembros que componen la *gens* llevan un mismo nombre (*nomen commune*), prestan culto á los mismos dioses por medio de sacrificios comunes, celebrados en sitios y en tiempos fijos; hállanse recíprocamente obligados á prestarse sus auxilios; tienen, hasta cierto punto, una responsabilidad solidaria, en el sentido de que, siendo necesario, deben contribuir á la liberacion de los compromisos que otro de ellos haya contraido; emiten juntos sus votos en los *comitia curiata*, y si uno de ellos muere sin herederos suyos ni agnados la *gens* recoge su herencia.

Este sistema desarrollado por Nieburh, lo ha expuesto por magistral manera Ch. Giraud en una muy docta disertacion leida en la Academia de Ciencias morales y políticas (5). Machelard, á quien no satisface ninguna de las teorías acerca de la gentilidad romana, parece dar por ahora la preferencia á este sistema (6).

---

(1) Véase, además, en este mismo sentido á Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 372 (edic. de 1846); Fustel de Coulanges, *La Citéantique*, p. 119 y sig.; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3ª edic., p. 19 y sig.

(2) *Le droit pontifical chez les anc. Romains*, p. 43.

(3) Apesar de esto, el sabio profesor no ha pronunciado su opinion en favor de uno ú otro sistema.

(4) Dionisio de Halicarnaso nos dice que Rómulo dividió el pueblo romano en tres tribus; cada una de ellas en 10 curias—30 curias—y cada una de las 30 curias en 10 decurias—300 decurias.

(5) *Revue de législat.*, año 1846, t. III, p. 385 y sig.

(6) *Sic*, de Fresquet, *Tr. élément. de Dr. rom.*, t. I, p. 117 y sig.

Tercera explicacion.—La gentilidad es la relacion que existe entre una familia de orígen perpétuamente ingénuo, ninguno de cuyos antepasados ha estado jamás en servidumbre ni clientela, y sus clientes, esto es, los plebeyos que se han colocado bajo la dependencia y el amparo de los miembros de la primera familia, como asimismo los descendientes de los esclavos manumitidos.

De esta suerte, la palabra *gens* designa la familia del patrono con relacion á la descendencia del cliente ó del liberto. Los miembros de la familia á quienes se dá el nombre de *gens*, son recíprocamente agnados, y por otro lado son *gentiles* de los miembros de todas las familias enlazadas con su *gens* por vínculos de clientela ó de manumision. «Estos últimos, ora sean clientes, ora descendientes de libertos, tienen *gentiles;* pero sin serlo ellos de nadie. Llevan el nombre, participan de los *sacra* de la *gens*, puede áun permitirse que sus cadáveres sean inhumados en las sepulturas de la *gens*; pero no gozan de la cualidad de gentiles ni de los derechos de sucesion y de tutela que son inherentes á dicha cualidad (1). Si mueren sin dejar herederos suyos ni agnados, sus bienes van á parar á los gentiles. Este sistema, cuya iniciativa se debe al profundo romanista Hugo, y que ha desarrollado Holcio, es el que ha patrocinado M. Ortolan con la autoridad de su talento.

Cuarta explicacion.—No es otra cosa que una combinacion de los tres sistemas que dejamos expuestos. La gentilidad se funda en un orígen comun, pero de tal manera remoto, que ya es imposible descubrir una prueba segura sobre la creencia, justificada ó no, de que se desciende de un mismo árbol genealógico. Tal es la parte de verdad que encierra el sistema de Ligorio. En cuanto al de Nieburh y de Giraud, tambien contiene algun extremo cierto; los textos manifiestan, en realidad, que los *gentiles* formaban una asociacion municipal y religiosa; municipal, en cuanto votaban á un mismo tiempo en los comicios curiados; religiosa, en cuanto rendian culto á

(1) Véanse, en este sentido, Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. III, nº 1032 y sig.; Namur, *Cours d'Instit*, 2ª edic., t. II, § 379, p. 149, nota 15; Maynz, *Cours de dr. rom.* t. III, § 444, p. 201, nota 17; Lyon-Caen, sobre Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III 1874, p. 392.

unos mismos dioses en los dias y lugares prefijados. Nada empece, pues, á que se aproximen por relaciones de gentilidad la familia del patrono y la descendencia de un cliente ó de un liberto. Considerábase á estas familias del cliente ó del liberto como derivadas en alguna manera de la familia del patrono, de la cual toman el nombre y los *sacra*. Queda, pues, subsistente casi por completo la teoría de Ortolan.

Esta conciliacion ó fusion entre las principales explicaciones que de la gentilidad romana se han dado por los autores, ha sido propuesta por el sábio profesor M. Labbé en sus lecciones (año 1869) (1).

Sea lo que quiera de las precedentes opiniones, es indudable que la gentilidad se mantuvo durante toda la época de la República; subsistió todavía en los primeros tiempos del Imperio; pero desde los fines del siglo segundo de la Era cristiana, Gayo nos habla de esta institucion como de cosa enteramente caducada. (Gayo, C. III, § 17) (2).

Tal era el sistema de sucesion *ab intestato* regulado por la ley de las Doce Tablas, sistema que no dejaba de ofrecer múltiples inconvenientes.

INCONVENIENTES DEL SISTEMA DE SUCESION *ab instestato* DE LA LEY DE LAS DOCE TABLAS.

Esta ley privaba de la sucesion paterna: 1º á los hijos y nietos emancipados *quia in potestate parente esse desierunt.* (Instit., § 9, lib. III, tít. I); 2º á los hijos dados en adopcion ó que se habian dado en arrogacion despues de haber sido emancipados, porque desde aquel punto habian dejado de formar parte de la familia civil de su padre natural (Instit., § 10, *eod.*); 3º á los hijos del emancipado concebidos antes de la emancipacion de su padre y que permanecieron bajo la potestad de su abuelo, porque estos hijos, en efecto, no se hallaban

(1) Véase en el mismo sentido, Cauvet, obra cit., p. 42 y sig.

(2) Puede verse, además, sobre la gentilidad romana: Savigny, *System*, II, 76; Puchta, *Institutionem*, §§ 39, 191, 194, 214; Demangeat, *Instit. de Gaius traduites*, p. 229; Guérard, *Essais sur l'histoire du dr. priv des Romaims*, 224; Em. Belot, *Hist. des chevaliers rom.*, t. II, p. 33 y sig.

ya *in potestate patris* (L. 5, § 1, D., *Si tab. testam. nullæ.*, lib. XXXVIII, tít. VI); 4º á los hijos de un peregrino que habian obtenido la ciudadanía romana por concesion del Emperador, al propio tiempo que su padre; puesto que tales hijos no quedaban *ipso facto*, bajo la patria potestad. Así, pues, ningun derecho tenian á la herencia paterna, cuando por cláusula especial no se les hubiese inmitido *in potestate patris* (Gayo, C. III, §§ 20, 25 y 26); 5º á los agnados que habian experimentado una *capitis deminutio*, porque con ella perdíase la cualidad de agnado (*quia nomen agnationis capitis deminutióne perimitur*); 6º á los agnados que al abrirse la sucesion intestada se hallaban precedidos por un agnado más próximo, áun cuando éste no llegase á obtener la herencia (*próximo agnato non adeunte*) (Instit., § 7, lib. III, tít. II); 7º á los descendientes por hembras, porque semejantes descendientes no tenian lazo ninguno de agnacion con su madre y los parientes de su madre. Por esta razon no venian llamados á la herencia de su abuelo materno ni á la de su madre, salvo en el caso de que la última hubiera entrado *in manu mariti*. (Gayo, C. III, § 24.)

Una jurisprudencia intermedia privó á las mujeres de suceder *ab intestato* en la mayor parte de los casos; exclusion que no tenia lugar dentro del órden de los herederos suyos. Pero á excepcion de las hermanas consanguíneas, las agnadas no sucedian á sus agnados en el órden de la agnacion colateral. (Gayo, C. III, § 14; Instit., § 3, lib. III, tít. II.)

II. *Derecho posterior á la ley de las Doce Tablas hasta las Novelas de Justiniano.*

El estado de cosas establecido por la ley de las Doce Tablas vióse felizmente modificado, al ménos de un modo parcial, por el dereeho pretoriano, por los senado-consultos y por las constituciones imperiales. Estudiemos, pues, estas modificaciones sucesivas, ante todo en el órden de los herederos suyos y luego en el de los agnados.

DE LOS HEREDEROS SUYOS.

A. *Derecho pretoriano.*

De las personas llamadas por el pretor en el mismo rango que los herederos suyos.—El pretor concedió la *bonorum possesio unde liberi* (1): 1°, á los hijos emancipados por el *de cujus* (Instit., § 9, lib. III, tít. I); 2°, á los hijos del emancipado nacidos con posterioridad á la emancipacion, y cuando habia premuerto su padre se daba relativamente á la sucesion de su abuelo (L. 5, § 1, D., *Si tab. testam. nullæ exst.*, libro XXXVIII, tít. VI); 3°, á los hijos nacidos ántes de la emancipacion de su padre y estantes bajo la potestad de su abuelo, relativamente á la sucesion de su padre emancipado (L. 5, § 1, D., *eod.*); 4°, á los hijos dados en adopcion ó que se han dado en arrogacion despues de ser emancipados, relativamente á la herencia de su padre natural, pero esto sólo en el caso de que, mediante una emancipacion verificada con anterioridad á la muerte de su padre natural, hubieran salido de la potestad de su padre adoptivo. En ningun otro caso concedíales el pretor la *bonorum possessio unde liberi* (Instit., § 10, lib. III, tít. I); 5°, á los hijos de peregrino que habian obtenido la ciudadanía romana junto con su padre por una concesion del Emperador cuando ésta no contuviese cláusula especial por la que debiesen quedar *in potestate patris* (Gayo, C. III, §§ 20, 25 y 26); 6°, á los hijos que habian llegado á ser *sui juris*, por virtud de una *media* ó de una *máxima capitis deminutio* que hubiere sufrido el padre de familia. Aun suponiendo que más tarde haya recobrado el padre la ciudadanía romana, no revivirá ya el derecho de pátria potestad extinguido, y por lo tanto, encontrándose los hijos *in potestate patris* al tiempo de fallecer este último, no tenian, segun el de-

---

(1) Nó se olvide que el pretor no atribuia la herencia propiamente dicha, que sólo podia ser deferida segun el derecho civil, sino la *bonorum possessio*, cuyos efectos eran hacer concurrir á los herederos por derecho pretorio con los herederos por derecho civil, y áun á veces dar á los primeros preferencia sobre los últimos. Véanse, con todo, los pormenores que dejamos expuestos, *infra*, tit. IX.

recho civil (*iure civili*), ningun título para obtener la herencia paterna. El pretor hubo de acudir, pues, en su auxilio, concediéndoles la *bonorum possessio unde liberi* (L. 1, § 9, D., libro XXXVII, tit. IV.)

De la «collatio bonorum.»—El llamamiento hecho por el pretor á los descendientes del difunto, colocándoles en la misma posicion de los herederos suyos, vino á ser para los primeros reparacion de una injusticia del derecho civil; faltaba, sin embargo, evitar otra iniquidad. Efectivamente, segun la constitucion quiritaria de la familia, los hijos sometidos á la pátria potestad no podian en principio adquirir cosa alguna para sí; de suerte que todos los productos de su trabajo servian para dar creces al patrimonio de la familia. Este rigor se hallaba compensado dentro del derecho civil por el derecho exclusivo de que gozaban respecto á la sucesion de su padre. Injusto hubiera sido, pues, llamar pura y simplemente á los emancipados (quienes, una vez puestos en condicion de *sui juris*, habian podido adquirir patrimonio propio) para que concurriesen á la particion de los bienes paternos, junto con los demás hermanos que nada poseian por sí mismos. Hé aqui por qué no les admitió el pretor á tomar parte en la herencia de su padre, sino mediante la obligacion de aportar á la masa comun los bienes por ellos adquiridos, de los cuales aprovechábanse los *heredes sui*, de igual suerte que se aprovechaban los emancipados de aquellos otros bienes que hubiese adquirido el padre por mediacion de los hijos que habian persistido en potestad. Esta necesidad de la aportacion es á lo que se da el nombre de *collatio bonorum*. (L. 1, pr., D., *De collat. bonor.*, libro XXXVII, tít. VI.)

¿A quién aprovecha la colacion de bienes?—La *collatio bonorum* se ha establecido sólo en favor del *heres suus*; sólo tiene lugar, pues, cuando éste debiera salir perjudicado por concurrir á la sucesion el *bonorum possessor*. Si, pues, el hijo que siguió en potestad no sale por modo alguno perjudicado con la vocacion hereditaria del *bonorum possessor*, no tiene lugar la colacion de bienes. (L. 1, § 5, D., *eod.*) Hé aquí una aplicacion de semejante principio: supongamos un padre que tiene dos hijos, *Primus* y *Secundus*. *Primus* está casado y

tiene hijos. El padre de familia emancipa á *Primus*, reteniendo en su poder á los nietos habidos en el matrimonio de aquel hijo emancipado. En tal estado las cosas, fallece el padre sin dejar testamento, ¿cómo se dividirá la herencia?—*Segun el derecho civil, Secundus*, uno de los dos hijos, permanecido en potestad, deberia tomar la mitad, y los hijos de *Primus*, el otro de los hijos, emancipado, la mitad restante.—*Segun el derecho pretorio, Primus*, el hijo emancipado, concurre á la sucesion tomando la cuarta parte á título de *bonorum possessor*, miéntras que sus hijos no tendrán más que otra cuarta parte á título de *heredes sui*. Por lo que hace á *Secundus*, conserva en todo caso íntegra su mitad correspondiente.—¿A quién debe hacer *Primus* colacion de sus bienes? Ya se alcanza que no debe hacerla á *Secundus*, hermano suyo que permaneció en potestad, toda vez que á *Secundus* ningun perjuicio le acarrea la posesion de bienes que á *Primus* conceda el pretor, conservando, como siempre conserva, el derecho á la mitad de la herencia. Concurriendo á ella *Primus*, sólo quedan perjudicados sus propios hijos, cuya porcion respectiva sufre menoscabo; con ellos, pues, habrá lugar solamente á la colacion de bienes.—Podia tambien acontecer que por la intervencion del *bonorum possessor* resultase grandemente ganancioso el heredero suyo, y en este caso no habia lugar á la colacion. No hay más que suponer á este heredero suyo instituido junto con un extraño en una porcion inferior á la mitad de la herencia, pero superior á la legítima. La omision del emancipado le permitia obtener la mitad de la herencia por la *bonorum possessio contra tabulas*; y hubiera sido, en verdad, cosa inícua que, dada semejante hipótesis, hubiese podido el heredero suyo exigir la colacion, precisamente de aquel á quien debia la ventaja de obtener una porcion más crecida de la herencia.

¿Qué bienes se hallan exceptuados de la colacion?—Exceptúanse de la colacion: 1º Las cosas que el hijo de familia hubiese adquirido independientemente del padre, como el peculio *castrense* ó el *cuasi-castrense*, y tambien, segun derecho novísimo, los bienes que hubiesen formado parte del peculio *adventicio*; 2º Todos los bienes que por su naturaleza son personales é intransmisibles, como el usufructo, el uso y

ciertas acciones personalísimas, sobre todo la accion de injuria, que no se transmite á los herederos, y que no puede decirse que forme parte del patrimonio (*magis vindictæ quam pecuniæ habet persecutionem*).

B. *Constituciones imperiales anteriores á Justiniano.*

De los descendientes por hijas.—Los descendientes por hijas no tenian, *jure civili*, ningun derecho á la herencia de su abuelo materno; *jure pretorio* venian llamados en tercer órden por la *bonorum possessio unde cognati*. Una constitucion de Teodosio, Arcadio y Valentiniano, colocó á los descendientes por hijas en el mismo grado y en igual órden de sucesion que á los descendientes por línea masculina, salvas las siguientes disminuciones en la porcion correspondiente: los hijos de la hija que concurrian con los herederos suyos, propiamente dichos, tomaban sólo dos tercios de la porcion hereditaria que, á estar presente, hubiera percibido su madre. Cuando concurrian con agnados tomaban las tres cuartas partes de la herencia, y se atribuia el cuarto restante á los agnados. (Instit., § 15, lib. III, tít. I; L. 4, C. Theod., *De legit. hered.*, lib. V, tít. I.)—Importa observar que mediaba diferencia entre los herederos suyos propiamente dichos y los que venian llamados en calidad de tales por la citada constitucion; los primeros eran herederos necesarios que no debian hacer adicion para recoger la herencia; los segundos, por el contrario, sólo eran herederos por su voluntad (*iis adeuntibus*). (Instit., § 15, *eod.*)

C. *Derecho de Justiniano.*

De los hijos dados en adopcion.—El pretor, segun hemos visto, no concedia la posesion *unde liberi* más que á los hijos dados en adopcion que habian salido de la potestad de su padre adoptivo ántes de la muerte de su padre natural. En cuanto á los hijos dados en adopcion y hallados todavía *in adoptiva familia* en el instante de abrirse la sucesion de su padre natural, sólo por derecho pretorio venian llamados en

tercer lugar como cognados, y en defecto de herederos suyos y de agnados. De donde se originaba la deplorable consecuencia de que un hijo hallado *in adoptiva familia* en el momento de morir su padre natural, y por esta razon excluido, por los agnados de este último, de la herencia que á su muerte dejase, podia ser lanzado de la familia adoptiva por medio de una emancipacion, y perder, por consiguiente, todos sus derechos á la sucesion del adoptante. Habia, sin embargo, una excepcion para el caso en que el adoptado hubiera sido elegido entre tres varones (*ex tribus maribus fuerit adoptatus*). En semejante caso, y por virtud del senado-consulto Sabiniano, el adoptante quedaba en la obligacion de dejar la *cuarta* parte de sus bienes al adoptado *ex tribus maribus*. Esta porcion llamábase *cuarta Sabiniana*. (Instit., § 14, lib. III, tít. I.)

Justiniano despojó á la adopcion de su principal efecto, disponiendo que el adoptado no cambiase de familia, sino que en adelante permaneciese bajo el poder de su padre natural, como si tal adopcion no se hubiese verificado, á ménos que el adoptante fuese un ascendiente paterno ó materno del adoptado. En el primer caso, es decir, cuando el hijo es dado en adopcion ó cualquier otro que no sea un ascendiente, conserva todos los derechos á la herencia de su padre natural (*integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset*). De todas suertes, la adopcion seguia ofreciendo al adoptado la ventaja de suceder *ab intestato* á su padre adoptivo. Mas cuando éste hiciere testamento, nada podrá pretender de la herencia el adoptado, ni en virtud del derecho civil ni en virtud del derecho pretorio, ni por la posesion de bienes *contra tabulas*, ni por la querella de inoficiosidad, porque el padre adoptivo no tiene obligacion ninguna de instituir ni desheredar al hijo adoptado, á quien no le une vínculo ninguno de parentesco natural. En el segundo caso, es decir, cuando se da el hijo en adopcion á un ascendiente paterno ó materno, el hijo cambia de familia; mantiénense los antiguos efectos de la adopcion, y por consiguiente, adquiere el adoptado respecto del adoptante todos los derechos de un *heressuus*. (Instit., § 14, lib. III, tít. I) (1).

(1) Véase, *supra*, lib. I, tit. XI, p. 113 y sig.

Justiniano dejó subsistentes todos los efectos propios de la antigua arrogacion. (Instit., *ibid.*) (1).

De los descendientes por hijas.—Tambíen se sostuvo en la legislacion justinianea la disminucion de un tercio de la porcion que hubiera percibido la madre cuando eran descendientes por hijas los que concurrian con los herederos suyos, pero se dispuso que los agnados quedasen excluidos completamente cuando concurriesen dichos descendientes. (Instit., § 16, *eod.*)

DE LOS AGNADOS.

A. *Derecho pretorio.*

El derecho pretorio no introdujo por asimilacion ningun pariente en el número de los agnados; bajo este concepto, pues, dejó subsistir el derecho civil en todo su rigor.

B. *Constituciones imperiales anteriores á Justiniano.*

El emperador Anastasio, por una constitucion del año 498, cuyo texto no ha llegado hasta nosotros, dispuso que los hermanos y hermanas emancipados viniesen á participar de la herencia del difunto en el mismo grado que los hermanos y hermanas que hubiesen permanecido en la familia y concurriendo con ellas. Pero estos emancipados debian experimentar una disminucion de su porcion hereditaria, pues que tan sólo percibian la mitad de lo que hubiese correspondido á los hermanos y hermanas que se hallaban en potestad. (Teófilo, ***Paraphr.***, § 1, lib. III, tít. V.)

C. *Derecho de Justiniano.*

1° Relativamente *á los emancipados* Justiniano hizo más todavía, declarando en una constitucion del año 534, que los hermanos y hermanas emancipados concurriesen *sin disminucion* con los hermanos y hermanas no salidos de la familia; y concediendo igual ventaja, despues de aquellos, á sus hijos

---

(1) Idem, id.

respectivos, bien que sólo á los de primer grado (1). (L. 15, §§ 1, 3, C., *De legit. hered.*, lib. VI, tít. LVIII.)

2º Relativamente *á las mujeres* quiso que *las descendientes*, agnadas por los varones, pudiesen suceder á sus agnados. Esto no fué más que la derogacion de la jurisprudencia de la época intermedia y el retroceso á la ley de las Doce Tablas. (Instit., § 3, lib. III, tít. II.)

3º Relativamente *á los parientes por hembras* llamó á los hermanos y hermanas uterinos á que concurriesen, como agnados, con los hermanos y hermanas verdaderamente agnados, haciendo extensivo este llamamiento al primer grado de sus descendientes. (L. 7, C., *Ad senatusc. Tertull.*, lib. VI, título LVI.)

4º Por último, Justiniano dispuso que en lo sucesivo fuese admitida la devolucion en el órden de los agnados, de igual manera que siempre lo habia sido en el órden de los cognados. (Instit., § 1, lib. III, tít. II.)

TÍTULO III.

Del senado-consulto Tertuliano.

Derecho anterior al senado-consulto Tertuliano.— Dentro del sistema de las Doce Tablas la madre quedaba excluida de la sucesion *ab intestato* de sus hijos. Esta regla general sufria excepcion cuando la madre habia entrado *in manum mariti;* la mujer *in manu*, en sus relaciones con el marido asimilábase á una hija de familia (*loco filiæ*); era considerada como hermana de sus propios hijos (*loco sororis*), y venia á ser agnada de estos y de su marido.

Exceptuando este caso, la madre permanecia extraña á la sucesion de sus hijos hasta que el pretor la llamó en tercer ór-

(1) La palabra hijos, tómase en el sentido de descendientes; es la acepcion romana de la palabra *liberi*.

den entre los cognados (*bonorum possessione unde cognati accommodata*) (Instit., *pr.*, lib. III, tít. III.)

Este rigorismo del derecho hubo de suavizarse cuando Claudio por vez primera concedió á una madre que habia visto perecer á todos sus hijos, la sucesion en sus bienes como un consuelo por la pérdida que habia experimentado (*ad solatium liberorum amissorum*). Pero esta concesion fué un favor personalísimo y de todo punto excepcional. (Instit., § 1, *eod.*)

DEL SENADO-CONSULTO TERTULIANO.

Adelantando los tiempos y en los de Antonino Pio (1), el senado-consulto Tertuliano llamó á la madre á la sucesion de sus hijos (*Plenissime de tristi successione matre deferenda cautum est*); pero sin hacer extensiva á la abuela semejante concesion (*non etiam avitæ*). (Instit., § 2, *eod.*)

¿Qué objeto se proponia el senado-consulto Tertuliano?—Este senado-consulto se hallaba informado en el mismo espíritu de las leyes caducarias, cuyo propósito fué acrecentar la poblacion del imperio, favoreciendo los matrimonios (2).

Condiciones necesarias para que la madre gozara el beneficio del senado-consulto Tertuliano. — El senado-consulto concedia á las madres el derecho de sucesion intestada sobre los bienes de sus hijos, únicamente cuando tenian aquellas el *jus liberorum*, esto es, cuando habian tenido tres hijos, tratándose de madres ingénuas, y *cuatro* si de libertos se trataba. (*Ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor.*) No bastaba que la madre hubiese pasado el embarazo; era preciso, además, que los hijos hubiesen sido dados á luz vivos y dentro de término. (Instit., § 2, *eod.*) Además, el senado-consulto imponia á la madre la obligacion de velar por los

---

(1) *Sic*, Ortolan, t. III, p. 50, nº 1.056; Demangeat, t. II, p. 36, nota 3ª; Accarias, t. II, p. 56, nota 1ª; Brocher, *Et. histor. et philosoph. sur la légitime et les reserves*, p. 52; Flach, *De la bonor. possess. sous les Emper. rom.*, nº 29.—Por el contrario, segun algunos autores, el senado consulto Tertuliano debió promulgarse bajo el reinado de Adriano, padre adoptivo de Antonino Pio. Heineccio, *Antiq. rom.*, lib. III, tít. III § 3; Buchard, t. I, § 106, p. 250 y sig.; Namur, 2ª edic., t. II, § 381, p. 154; Van Wetter, t. II, § 323, p. 284; Maynz, t. III, § 446, p. 209, texto y nota 2ª.

(2) Ortolan, *loc. cit.*; Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 121.

intereses de su hijo durante la impubertad; debia procurar dentro el término de un año (*intra annum*), el nombramiento de un tutor ó el reemplazo del que hubiese cesado en el cargo por remocion ó excusa. Descuidando este deber, quedaba la madre privada de la sucesion, siempre que concurriesen las dos siguientes circunstancias: 1ª, *que fuese mayor de veinticinco años*, puesto que si no los habia cumplido no era su negligencia motivo suficiente para excluirla de la sucesion; 2ª, *que el hijo hubiese muerto impúber*, pues que la circunstancia de morir el hijo en pubertad la releva de la exclusion. (Instit., § 6, *eod.*)

¿Dentro de qué órden sucede la madre á sus hijos?— La madre sólo es heredera por el senado-consulto Tertuliano cuando no existen hijos ú otros descendientes de su hijo fallecido; lo cual equivale á decir que se verá siempre pospuesta al órden de los herederos suyos. (Instit., 3, *eod.*)

Colocábasela en el órden de los agnados (*inter agnatos*), dentro del cual se hallaba precedida por el hermano consanguíneo del *de cujus*, pero siendo admitida en concurrencia con la hermana. En general, y dejando aparte las dos citadas excepciones, excluia la madre á todos los demás agnados del hijo difunto. (Instit., *ibid.*)

¿Qué se dirá en el caso de que haya dejado el *de cujus* un hermano consanguíneo y una hermana consanguínea? La madre sobreviviente quedaba excluida por la presencia del hermano consanguíneo; la herencia, pues, se distribuia entre el hermano y la hermana, (*ex æquis partibus*) sin que de la porcion correspondiente á esta última pueda la madre pretender cosa alguna. (Instit., *ibid.*)

Un pariente había, sin embargo, que, ora concurriendo como agnado, ora tambien como cognado, excluia á la madre mediante cualquiera de los dos títulos: tal es el padre del hijo fallecido. Preciso era, empero, para que tal cosa sucediese que fuesen tan sólo el padre y la madre quienes pretendiesen la herencia (*scilicet cum inter eos solos hereditate agetur*). Así, cuando un padre habia salido de la familia primitiva en virtud de una emancipacion, sólo en calidad de cognado podia concurrir á la sucesion de su hijo fallecido en estado de *sui juris*. Cuando habia, pues, un agnado cuya presencia excluia al padre, po-

dia la madre aprovecharse del senado-consulto Tertuliano, toda vez que en semejante caso no se hallaba frente á frente de los derechos del padre. Por el contrario, si no mediaba ningun agnado, la contienda sobre la herencia surgia sólo entre el padre y la madre, y en esta situacion ya no podia la última gozar el beneficio del senado consulto Tertuliano. Observemos, por último, que semejante preferencia concedida al padre sobre la madre, no se hizo extensiva ni al abuelo ni al bisabuelo (*non etiam avus et proavus.*) (Instit., § 3, *eod.*)

Del derecho de devolucion dentro del sistema hereditario del senado-consulto Tertuliano.— Dentro del órden de sucesion estatuido por el senado-consulto Tertuliano, admitíase tambien la devolucion. Si, pues, el hermano consanguíneo del difunto repudiaba la herencia ó se declaraba indigno de obtenerla, la madre venia llamada en lugar de aquél; y así tambien, si la madre repudiaba la sucesion devolvíase sucesivamente á los demás agnados del difunto. (L. 2, §§ 9, 14, 20 y 22, D., *Ad senat. Tertul.*, lib. XXXVIII, título XVII.)

Para la aplicacion del senado-consulto, ¿se distinguia entre los hijos legítimos y los naturales?—El senado-consulto Tertuliano se referia indistintamente á toda clase de hijos, ya fuesen nacidos *ex justis nuptiis*, ya *ex concubinatu*, etc.; la madre venia de igual manera llamada á la sucesion de unos y otros en virtud del vínculo de naturaleza que á ella y sus hijos estrechaba. (Instit., § 7, *eod.*)

Bonorum posessio **concedida á la madre.**—El pretor concedió á la madre que gozaba del *jus liberorum* la misma *bonorum posessio* que se daba á los agnados, cual era, la *bonorum posessio unde legitimi.* (L. 2, § 4, C., *Unde legit.*, lib. XXXVIII, título VII.)

Modificaciones introducidas por Justiniano en el senado-consulto Tertuliano.—Profundas modificaciones habia recibido ya el sistema de este senado-consulto en virtud de las constituciones promulgadas por los Emperadores Constantino, Teodosio y Valentiniano, cuando Justiniano vino á introducir en él una completa reforma, estableciendo que la madre pudiese recoger la herencia de su hijo, aunque este hubiera sido

único (Instit., § 4, *eod.*) y que la recogiese íntegra con exclusion de otro cualquier heredero que no fuesen los hermanos y hermanos agnados ó cognados. (§ 5). Si quedaban sólo, en concurrencia con la madre, hermanos agnados ó cognados, la primera llevaba la mitad de la herencia y las segundas la otra mitad entre todas ellas. (*Dimidiam quidem mater*, *alteram vero dimidiam partem omnes sorores habent*). Si el difunto dejaba sólo un hermano ó varios hermanos, ó bien junto con estos, hermanos agnados ó cognados, la herencia se dividia en otras tantas porciones. (*In capita distribuatur ejus hereditas.* Instit., § 5, *eod.*)

TÍTULO IV

Del senado-consulto Orficiano.

Derecho anterior al senado-consulto Orficiano.—Segun la ley de las Doce Tablas, no podian las mujeres tener herederos suyos. Los hijos nacidos *ex justis nuptiis* que se encontraban en la familia de su padre, no sucedian en la herencia de su madre. La mujer podia, sin embargo, tener á sus agnados por herederos, y si se hallaba *in manu mariti*, podia tener por agnados á sus propios hijos.

El pretor dejó que subsistiera semejante órden de cosas; concedió solamente la *bonorum posessio unde legitimi* al agnado más próximo, y en su defecto, llamó á todos los agnados de la mujer, mediante la posesion de bienes *unde cognati*. De tal suerte los propios hijos de la mujer llegaban en primer órden entre los cognados.

DEL SENADO-CONSULTO ORFICIANO.

Este senado-consulto, promulgado en tiempo de Marco Aurelio y de Cómodo, veinte años despues del senado-consulto Tertuliano, tuvo por objeto mejorar la situacion de los hi-

jos relativamente á la herencia de su madre. Llamósele á ella en primer órden, con preferencia á todos los agnados; por donde vemos que este senado-consulto no fué más que la recíproca del Tertuliano. (Instit.. *pr.*, lib. III, tít. IV.)

¿Qué hijos venian llamados á la sucesion?—A la sucesion de una mujer llamaba el senado-consulto á *los hijos*, pero *no á los nietos*, de igual manera que el senado-consulto Tertuliano se aplicaba á la madre y no á la abuela (Instit., § 1, *eod.*); pero dentro del órden de los hijos venian llamados indistintamente los de sexo masculino y los de sexo femenino; los hijos *sui juris* y los hijos *alieni juris*, los nacidos de justas nupcias y los nacidos de un concubinato y áun los de padre desconocido. (*Vulgo concepti ó spurii.*) (Instit., § 3, *eod.*)

Esta legislacion fué modificada en dos puntos principales por las constituciones de la época imperial; y así vemos: 1º Que una constitucion de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, hizo extensivo á los nietos el derecho de sucesion creado por el senado-consulto Orficiano relativamente á la herencia de sus abuelos. (Instit. § 1, *eod*). 2º Que Justiniano, por una constitucion inserta en el Código, (L. 5, *Ad senatusc. Orphit.*, lib. VI, tít. LVII), estableció por vez primera una diferencia entre los *vulgo concepti* ó *spurii* y los hijos habidos en concubinato (*ex concubinatu*) ó de justas nupcias (*ex justis nuptiis*). Resolvió el emperador que cuando una mujer *illustre* muriese dejando á la vez hijos *espúreos* ó *vulgo concepti*, é hijos nacidos en justas nupcias, no viniesen los primeros á la sucecion intestada de su madre juntamente con los segundos. A mayor abundamiento declaró que ni por causa de donacion ni por última voluntad testamentaria pudiese la madre dejar parte ninguna de sus bienes, por exígua que fuese, á los hijos *spurii* ó *vulgo concepti*. Subsistió en la legislacion justinianea el derecho establecido por el senado-consulto Orficiano en el caso de no ser la madre una mujer *illustre;* así, pues, continuó siendo indiferente y desatendida la diversa cualidad que tuviesen los hijos.

Carácter del órden de sucesion creado por el senado-consulto Orficiano.—Los hijos, llamados en primer órden á la sucesion de su madre por el senado-consulto Orficiano, no

eran ni herederos *suyos* ni *necesarios*; para suceder, pues, en los bienes maternos, precisaba que hiciesen adicion de la herencia. (*Ab iis legitima hereditas aditur*).

Derecho de preferencia de los hijos sobre la abuela. —El senado-consulto Orficiano, al regular la sucesion de la madre, llamaba en primer término á los hijos, pero sin concederles preferencia ninguna respecto á la madre de la difunta, ó sea la abuela, quien venia por su parte llamada en primer término por el senado-consulto Tertuliano. Esta doble concurrencia desapareció al promulgarse una constitucion de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio. (L. 4, C., *Ad senatusc. Orphit.*, lib. VI, tít. LVII); desde aquel momento los hijos fueron preferidos á la madre de la difunta.

Influencia ejercida por la «capitis deminutio» sobre los derechos de sucesion deferidos por los senado-consultos Tertuliano y Orficiano.—La herencia es un derecho civil; para suceder, pues, era precisa la condicion de ciudadano en el momento de adir la herencia. Bajo este concepto es indudable que la *maxima* y la *media capitis deminutio*, al borrar los derechos propios de la ciudadanía, llevaban consigo la pérdida de los derechos de sucesion establecidos por los senado-consultos Tertuliano y Orficiano. Relativamente á la *minima capitis deminutio* que destruia la agnacion y los derechos hereditarios derivados de la ley de las Doce Tablas, en cuanto tales derechos se fundaban en la agnacion, ninguna influencia tenia sobre los derechos hereditarios ordenados por los senado-consultos Tertuliano y Orficiano y por todas las demás constituciones imperiales. Y ciertamente, la base de estos derechos era la cognacion, vínculo de parentesco natural que no habia quebrantado la *minima capitis deminutio*. (Instit., § 2, lib. III, tít. IV.)

De la «bonorum possessio» dada á los hijos de la difunta.—Concedia el pretor la *bonorum possessio unde legitimi* á los hijos llamados á suceder á sus madres en virtud del senado-consulto Orficiano. (L. 2, § 4, D., *Unde legit.*, libro XXXVIII, tít. VII.)

TÍTULO V.

De la sucesion de los cognados.

Definicion.—Son cognados todas aquellas personas de las cuales unas descienden de otras ó de un autor comun (*communiter nati*). La base de la cognacion es, pues, un vínculo de sangre, á diferencia de la agnacion, que consiste en un parentesco puramente civil.

Orígen de este órden de sucesion.—En falta de herederos suyos y de agnados ó de las personas que asimila el derecho á una de estas dos clases, llama el pretor en tercer órden á los cognados. En realidad, estos no son herederos en el rigor de la palabra; bajo el punto de vista de la facultad de suceder, sabemos que el antiguo derecho civil no tomaba por modo alguno en cuenta los lazos de cognacion, y por otro lado, el pretor carece de autoridad para nombrar herederos (*nam prætor heredes facere non potest*). Por este motivo, pues, los cognados á quienes se llama para suceder *ab-intestato* á una persona, suceden no en calidad de *heredes*, sino con el mero carácter de *bonorum possessores* (Instit., *pr.*, lib. III, título V.)

Personas admitidas por el pretor en este órden de sucesion.—Son estas: 1º Los agnados que han experimentado *capitis deminutio* (*capite minuti*) y todos sus descendientes; porque, segun expresa Gayo, áun cuando por aquel cambio en su estado hayan perdido los derechos de sucesion legítima no han perdido asimismo los derechos de cognacion. Ya se echa de ver que sólo puede ser exacto lo que acaba de afirmarse cuando juntamente con el vínculo de agnacion exista el de cognacion. Así, cuando uno viene á ser agnado por virtud de una adopcion, es al propio tiempo cognado de aquellos mismos de quienes es agnado, pero esta cognacion, originada en la agnacion, se borrra cuando esta última desaparece. Si, pues, el agnado sufre una *capitis deminutio*, deja de ser cognado y pierde todo derecho á la *bonorum possessio unde cognati* (Gayo, C. III, § 21, 27; Instit., § 1, *eod*). Importa consignar aquí que

el hermano y hermana emancipados, áun malgrado la *capitis deminutio* que han padecido, concurren á la sucesion juntamente con el hermano y hermana que permanecieron en la familia; y aún tienen preferencia sobre los demás agnados y *á fortiori* sobre el cognado más próximo (1). 2º Los agnados excluidos de la herencia en virtud del principio de la no devolucion. Esto acontece cuando los agnados, al deferirse la sucesion se hallan precedidos por otro agnado más próximo. Si éste, superior en grado, no pudiere ó no quisiere ser heredero, sucedia que, no existiendo ántes de Justiniano devolucion de uno á otro agnado, los del grado subsiguiente que no concurrian á la sucesion á título de herederos legítimos, estaban interesados en pedir la *bonorum possessio unde cognati.* 3º Los descendientes dados en adopcion y que al tiempo de fallecer su padre natural, se hallan *en adoptiva familia* (2). Otro tanto cabe decir respecto á las personas que se han dado en arrogacion. 4º Los parientes por hembras en línea directa y colateral, segun el derecho anterior á Justiniano; y sólo en la línea colateral segun las Institutas *(qui per femini sexus personas ex transversa cognatione junguntur)* (§ 3, *eod*). 5º Las mujeres agnadas *(feminæ agnatæ)* más distantes en grado que las hermanas (Instit., § 3, *eod*). 6º La madre del *de cujus*, ó recíprocamente los hijos de la difunta respecto á la herencia de su madre; bien que ya se comprende que no puede tratarse sino de una mujer que no se halle *in manu mariti*. 7º Los hijos *vulgo quæsiti*, ya sea con relacion á su madre, ya sea con relacion á todos los parientes maternos (Instit., § 4, *eod.*; LL. 2, 4, Dig., *Unde cognat.* lib. XXXVIII, tít. VIII). Estos hijos *vulgo quæsiti*, no pueden tener ningun agnado, puesto que la agnacion tiene su orígen en el padre y se reputa que ellos no lo han tenido jamás. Cuando mueren pueden, sin duda, dejar herederos suyos (y lo serán los hijos que hubiesen tenido *ex justis nuptiis*), pero de ninguna manera podrán dejar agnados;

---

(1) Véase más arriba la constitucion de Anastasio, relativa á los hermanos y hermanas emancipados, p. 346.

(2) Véase, más arriba, lib. I, tít. XI, p. 113, las transformaciones operadas por Justiniano en punto á los efectos de la adopcion.

y en defecto de herederos suyos pasará su herencia á los cognados. Otro tanto y con mejor fundado motivo cabe decir de los hijos habidos en un concubinato (*liberi naturales*), los cuales tienen padre conocido. (Instit., § 4, *eod*) (1).

TITULO VI

De los grados de cognacion.

Líneas y grados de parentesco.—Dos líneas débense distinguir en el parentesco: la directa y la colateral. (Institucion, *pr.*, lib. III, tít. VI.)

Componen la *línea directa* aquellos parientes de los cuales el uno procede del otro, como por ejemplo, el padre y el hijo, etcétera; y se distingue la línea directa *ascendente* de la línea directa *descendente*. Para una determinada persona son ascendientes aquellos de quien deriva su procedencia, y descendientes aquellos que, por el contrario, derivan la suya de dicha persona. (Instit., *ibid.*)

Forman la *línea colateral* los parientes que proceden de un autor comun, como v. gr. el hermano y la hermana, etc.

El parentesco se computa por *grados*; no es otra cosa que una escala en la cual cada pariente ocupa un peldaño, y al intervalo que media entre dos de los peldaños se dá el nombre de grado. Este intervalo forma una generacion; la generacion supone, pues, dos individuos.

En la línea directa la escala es *simple*; el hijo se halla en primer grado respecto del padre puesto que sólo les separa un intervalo, etc.

En la línea colateral la escala es doble; hay que ascender en ella y descenderla luego. Ejemplo: el hermano se halla en

---

(1) Ortolan (t. III, p. 61, nº 1.073, *in fine*) sostiene que estos *liberi naturales* venian llamados por el pretor en el rango de los cognados, respecto á la herencia de su padre y de los parientes de su padre. *Comp.*, Demangeat, t. II, p. 56.

segundo grado de parentesco respecto á la hermana, porque remontando la escala desde el hermano al autor comun encontramos una generacion y otra generacion al descender del autor comun al grado que ocupa la hermana, etc.

Denominaciones de los distintos grados de cognacion.—La Instituta (§§ 1-7) nos ofrece un cuadro de los distintos grados de cognacion; nos limitaremos á remitir á los lectores al exámen del citado texto.

OBSERVACIONES.

Primera.—Dentro de la línea colateral el pariente más próximo encuéntrase en el segundo grado; no hay pariente ninguno que pueda estar en el primero. (Instit., *pr.*, *eod.*)

Segundo.—Mas allá del sexto grado ya no hay denominacion especial con que designar á los parientes. Los cognados *ultra sextum gradum*, á excepcion de los hijos de primo ó de prima nacidos de hermanos germanos, no vienen llamados á la herencia ni logran la *bonorum possessio unde cognati.* Hé aquí una diferencia entre los cognados y los agnados. Los agnados son admitidos á la herencia legítima y tienen derecho á la posesion de bienes *unde legitimi* aunque ocupen el décimo grado (*et si decimo gradu sint*); siendo de advertir que al citar en este punto el décimo grado se toma como ejemplo de un parentesco lejano y no como límite fijado taxativamente (1). (Instit., § 5, lib. III, tít. V, § 12, lib. III, tít. VI.)

Tercera.—No siempre la proximidad de grado es motivo de preferencia en las sucesiones; preciso es, ante todas cosas, examinar á qué calidad pertenecen los parientes y en qué órden les ha colocado la ley. La clase de los herederos suyos excluye á la de los agnados; y esta, excluida por la de los herederos suyos, excluye á su vez la de los cognados. (*Amotis quoque suis heredibus..... agnatus qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur*

(1) Véanse, en el mismo sentido, Ortolan, t. III. nº 1.074; de Fresquet, t. I, p. 116; Demangeat, t. II, p. 56 y 57; Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 78; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, § 321, p. 278, texto y nota 11; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, p. 21, nota 1ª; Machelard, Labbé y Gide en sus lecciones.

quam proximior cognatus.) De esta suerte, un biznieto y el hijo de un biznieto se antepondrán al hermano y á la hermana ó al padre y la madre del difunto, por más que el padre y la madre ocupen el primer grado de cognacion, el hermano y la hermana el segundo y el biznieto y el hijo del biznieto el tercero y el cuarto grado. (Instit., §§ 11, 12, lib. III, tít. VI.)

Cuarta.—La devolucion, antes de la época justinianea no admitida de un agnado á otro, permitíase dentro el órden de los cognados. (Instit., § 7, lib. III, tít. II.)

Quinta.—En la legislacion anterior á Justiniano no podia fundarse en el parentesco servil (*servilis cognatio*) ningun derecho de sucesion, ni áun despues de ser manumitido el esclavo. Justiniano quiso suavizar el rigor de este principio estableciendo que el parentesco servil bastase á los hijos para suceder en la herencia de su padre y de su madre y áun para heredarse mútuamente. (Instit., § 10, lib. III, tít. VI.)

TÍTULO VII.

De la sucesion de los libertos

Para estudiar las sucesivas modificaciones de la legislacion en esta materia, conviene distinguir cuatro épocas, respectivamente determinadas por la ley de las Doce Tablas, por el derecho pretoriano, por la ley Papia Poppea y por el derecho de Justiniano.

I. *Sucesion de los libertos segun la ley de las Doce Tablas.*

La sucesion *intestada* de lliberto se deferia: *en primer lugar* á los herederos suyos del liberto nacidos despues de la manumision, ó á los hijos que hubiese adoptado, ó á su *uxor conventa in manum* que se hallaba *loco filiæ*; *en segundo lugar*, al patrono del liberto y á los hijos del patrono.

En cuanto á la herencia *testamentaria* tenian los libertos completa disponibilidad; podian, pues, instituir á un extraño,

con lo cual quedaba el patrono privado de todos sus derechos á la sucesion.

Este sistema traia consigo una doble injusticia, puesto que permitia al liberto excluir de su herencia al patrono: 1° por una adopcion voluntaria, y 2° por un testamento formado en provecho de un tercero.

No se ofrecian los mismos inconvenientes en la sucesion de la mujer liberta, por dos distintas razones: 1ª, porque la liberta no podia tener herederos suyos, y hallándose el patrono en el órden de los agnados ocupaba el primer lugar en la sucesion intestada; 2ª, porque la liberta, estando bajo la tutela de su patrono, no podia sin su autorizacion hacer un testamento válido (Instit., *pr.*, lib. III, tít. VII.)

Observacion.—La ley de las Doce Tablas no establecia distincion ninguna entre el patrono y la patrona ni entre los hijos varones ó hembras del patrono.

II. *Sucesion de los libertos segun el derecho pretoriano.*

El pretor vino á corregir la doble injusticia que, segun hemos dicho, contenia la ley de las Doce Tablas.

En punto á la sucesion *ab intestato* admitió que el patrono quedaria excluido por los hijos del liberto que hubiesen nacido *ex justis nuptiis*. Respecto á los hijos adoptivos del liberto y á la *uxor in manu* no fueron de todo en todo preferidos al patrono; mas tampoco este les excluia por completo. Establecíase concurrencia entre todos ellos; la herencia del liberto se dividia por mitad y se asignaba una parte á los hijos adoptados ó á la *uxor in manu*. Caso de premorir el patrono, sus derechos hereditarios pasaban á sus hijos varones. (Instit., § 1, lib. III, tít. VII.)

En punto á la sucesion *testamentaria*, si el liberto habia dispuesto de más de la mitad de su patrimonio el pretor concedia al patrono la posesion de bienes *contra tabulas* con relacion á la mitad que la correspondia, excepto en el caso de ser el instituido hijo natural del testador. (Gayo, C. III, § 41; Instit., § 1, *eod.*)

Observaciones.—1ª El pretor no se curaba de la sucesion de

la mujer liberta que siguió regulándose por la ley de las Doce Tablas. 2ª Las reglas establecidas por el pretor se referian sólo al patrono y á sus hijos varones; por consiguiente, las ventajas que concedia no se hicieron extensivas á la mujer ni á la hija del patrono. Para ellas mantúvose vigente la ley de las Doce Tablas. 3ª El pretor aumentó el número de herederos de los libertos creando en provecho de ciertas personas varias especies de posesiones de bienes, cuales fueron: *la bonorum possessio tum quem ex familiæ,—patronus et patrona liberique eorum et parentes,—unde vir et uxor,—unde cognati manumissoris* (1).

III. *Sucesion de los libertos segun la ley Papia Poppæa.*

Dispúsose por la citada ley que el patrono concurriese junto con los hijos naturales del liberto en una porcion viril (un tercio ó una mitad); mas esto solamente cuando el liberto, ya hubiese fallecido con testamento ó sin él, dejase un patrimonio importante 100.000 sextercios ó mayor cantidad, ó por lo ménos tres hijos. (Gayo, C. III, § 42; Instit., § 2, *eod.*)

Así, pues, para verse el patrono excluido de la sucesion por los hijos naturales del liberto, hacíase preciso que este dejase un patrimonio inferior á 100.000 sextercios ó ménos de tres hijos.

En cuanto á la mujer y á las hijas del patrono, hé aquí las disposiciones contenidas en la ley Papia Poppæa. Si la patrona era una ingénua que hubiese tenido dos hijos (*duobus liberis honorata*), ó una liberta que hubiera tenido tres (*tribus liberis*), la ley Papia Poppæa le daba, con escasa diferencia, los mismos derechos que el edicto pretorio habia concedido al patrono (*eadem fere jura dedit quæ ex edicto prœtoris patroni habent*), es decir, la mitad de la herencia, si el liberto no dejaba hijos habidos en *justis nuptiis*. Si la patrona era una mujer ingénua que hubiese tenido tres hijos (*trium liberorum jure honorata*), la ley Papia Poppæa le otorgaba exactamente los mismos derechos que por la misma ley gozaba el patrono, esto es, el de-

(1) Véase, acerca de estas diversas especies de posesiones de bienes, *infra*, título IX, p. 370.

recho de tomar una parte viril en la herencia del liberto que dejaba 100.000 sextercios ó mayor suma, ó ménos de tres hijos. (Gayo, C. III, § 50.)

En punto á la sucesion de la liberta, vemos que la ley Papia Poppæa dispone que, si ha tenido aquella cuatro hijos, quedará exenta de la tutela del patrono y en libertad de hacer un testamento válido sin impetrar autorizacion ninguna. Pero concedióse al patrono una parte viril en la sucesion de esta liberta; parte calculada sobre el número de los hijos sobrevivientes. (Gayo, C. III, § 44.)

Observacion.—Hemos indicado hasta aquí las reglas exclusivamente aplicables á la sucesion de los libertos *ciudadanos romanos*; pero ya es sabido que en el estado del derecho anterior á la época de Justiniano, conocíanse otras dos clases de manumitidos, es á saber, los latinos-junianos y los deditícios.

a) *Sucesion de los libertos latino-junianos.*—Respecto á esta clase de libertos hemos de recordar que en el momento de su muerte se les reputaba no haber sido nunca libres. *In ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant*, dice la Instituta. (§ 4, *eod.*) Consecuencia era de este principio, la de que al morir no dejaban herencia, pues que, propiamente hablando, no tenian herederos, sus bienes se trasferian al patrono, mas no como por derecho de sucesion, sino como si hubiesen pertenecido al dueño, á título de peculio (*jure quodammodo peculii.*) (Gayo, C. III, § 56; Instit., *ibid.*) Cuando el patrono hubiese premuerto al liberto, los bienes del último, comprendidos en la herencia del patrono como si fuesen un peculio, pasaban á los herederos de dicho patrono; así, pues, los hijos que este dejase, que no fuesen herederos, quedaban excluidos de toda participacion en los bienes del liberto. (Gayo, C. III, § 58.) El senado-consulto Largiano, dado bajo el reinado de Claudio, instituyó en provecho de los hijos del patrono una especie de sucesion en los bienes del liberto latino, con lo cual quiso preferírseles á los herederos extraños que habian recogido la herencia del patrono; salvo el caso de que se les hubiese formalmente desheredado. (Gayo, C. III, §§ 63, 67; Instit., § *eod.*)

En virtud de una constitucion de Trajano se aplicaron las

mismas reglas á la sucesion de aquellos libertos que, áun siendo ciudadanos romanos, hubiesen recibido del Emperador el *jus Quiritium, salvo jure patroni*, es decir, ignorándolo ó no consintiéndolo el patrono. (Gayo, C. III, § 72; Instit., § 4, *eod.*) Esta disposicion hubo de ser más adelante modificada por un senado-consulto de Adriano. (Gayo, C. III, § 73.)

b) *Sucesion de los libertos dediticios.*—Al ocurrir la muerte de un liberto dediticio sus bienes se transmitian, ora por derecho de sucesion, conforme sucedia con los de un ciudadano romano (*modo quasi civium romanorum libertorum*), ora por derecho de peculio, como los de un liberto latino (*modo quasi Latinorum.* Gayo, C. III, §§ 74, 75 y 76.)

Observacion.—Distínguense los libertos ciudadanos romanos de los libertos dediticios en que no se concedia á estos últimos la facultad de testar (*Non tamen hi habent etiam testamenti factionem.* (Gayo, C. III, § 75); porque la testamentifaccion era una facultad reservada á la condicion de ciudadano.

IV. *Sucesion de los libertos en tiempo de Justiniano.*

Justiniano hizo desaparecer toda la diferencia que en el derecho antiguo existia entre el patrono (*patronus*) y la patrona (*patrona*), así como tambien los que mediaban entre los hijos de uno ú otro sexo que tuviesen uno ú otra y entre la sucesion de un liberto (*libertus*) y la de una liberta (*liberta*).

Véase ahora cómo quedó regulada la sucesion *ab intestato* del liberto.

En primer lugar venian llamados los hijos del liberto, aunque los hubiese tenido en el tiempo de su esclavitud (*in servili conditione*) con tal que se hubiesen hallado libres en el momento de fallecer su padre.

En segundo lugar, y en defecto de hijos, llamábase á los ascendientes, padre ó madre del liberto, y á sus hermanos y hermanas, prescindiendo de si nacieron en condicion servil, si por ventura se les habia manumitido, y eran, por lo tanto, libres al tiempo de morir el liberto (1). (L. 4, § 8, C., *De bonis libert.*, lib. IV, tít. IV.)

---

(1) Véase, no obstante, Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, p. 48, nota 4ª, y p. 49 nota 1ª.

En tercer lugar venian el patrono ó la patrona, y en su defecto, sus hijos.

En cuarto lugar venian los cognados del patrono y de la patrona hasta los de quinto grado inclusive. (Instit., § 3, *eod.*)

En postrer lugar era llamado el cónyuge (*uxor*) del difunto.

Hé aquí cómo se regulaba la sucesion *testamentaria:* El liberto podia en cualquier tiempo hacer un testamento en favor de uno de sus hijos, excluyendo completamente al patrono y la patrona.

¿Qué diríamos en el caso de que el liberto, no teniendo hijos, ó habiéndoles desheredado si los tenia, ha hecho un testamento en favor de un extraño? En este punto conviene hacer una salvedad: Si el liberto dejó una herencia inferior á cien sueldos de oro (*minus centenariis*), ha podido testar con entera libertad y excluir completamente al patrono. Por el contrario, si ha dejado más de cien sueldos de oro (*major centenariis*), el patrono puede percibir, no la mitad, como en otro caso percibiria, pero sí la tercera parte, la cual viene á ser para él una verdadera legítima. (Instit., § 3, *eod.*)

Finalmente, sabemos que hácia la época de Justiniano habian desaparecido ya los libertos latino-junianos y los dediticios (*deditiis et Latinis sublatis*); todos los libertos son por igual manera ciudadanos romanos y forman una sola clase; de suerte que dejaron ya de tener aplicacion las disposiciones relativas á los latino-junianos y á los dediticios. (Instit., § 4, *in fine.*)

TÍTULO VIII

De la asignacion de los libertos.

Nociones preliminares.—En virtud del derecho comun, cuando moria el patrono ántes que el liberto, los hijos del primero que se hallaban en un mismo grado (*qui ejusdem gradus sunt*) sucedian conjuntamente en los derechos de patronato y en la herencia del liberto (*æqualiter bona liberti pertinent*). El

padre de familia, sin embargo, recibió por un senado-consulto expedido en la época de Claudio (L. 1, *pr.*, D., *De adsign. libert.*, lib. XXXVIII, tít. IV) la facultad de escoger entre sus hijos aquel á quien quisiere transmitir el derecho de patronato sobre el liberto, junto con el derecho á su herencia (*uni ex liberis adsignare libertum*). Llamábase á este acto *asignacion de un liberto.* (Instit., *pr.*, lib. III, tít. VIII.)

¿Quién puede hacer la asignacion de un liberto?—La facultad de la asignacion es atributo del poder paterno, de dónde se colige que las mujeres (*patronæ*) no pueden por modo alguno gozar el *jus adsignandi libertum.*

¿A favor de quién puede hacerse la asignacion?—Se puede asignar un liberto no tan sólo al hijo y al nieto, sino tambien á la hija y á la nieta, siempre y cuando las tuviese bajo su potestad el padre que asigna; y lo mismo decimos cuando los nietos se hallasen precedidos en la familia por su padre, en cuya potestad han de recaer á la muerte del abuelo. Semejante asignacion puede hacerse lo mismo á uno solo de los hijos que á dos ó más entre ellos (*duos pluresve liberos*). (Instit., §§ 1 y 2, lib. III, tít. VIII.)

Objeto de la asignacion.—La asignacion tiene lugar de la misma manera respecto de un liberto (*libertus*) que de una liberta (*liberta*). (Instit., § 1, *eod.*)

¿Cómo se verifica la asignacion?—Puede hacerse por testamento ó en otra forma cualesquiera; basta que de uno ú otro modo se manifieste la voluntad del padre de familia *quibuscumque verbis*. (Instit., § 3, *eod.*)

¿Cuándo viene á ser ineficaz la asignacion?—En tres casos: 1° se desvanecen los efectos de la asignacion, cuando el padre de familia ha manifestado por uno ú otro medio (*etiam nuda voluntate*) su intencion de rovocarla (L. 1, § 4, D., *De adsig. libert.*, lib. XXXVIII, tít. IV); 2° cuando el hijo en cuyo favor se habia hecho fuese luego despues emancipado (Instit., § 2, lib. III, tít. VIII); 3° cuando muere sin dejar descendencia. Cuando uno de los tres citados casos ocurra, vuelve á ejercer su imperio el derecho comun; la herencia del liberto se divide por iguales partes entre todos los hijos del patrono. (Instit., pr., *eod.*)

TÍTULO IX

De las posesiones de bienes.

Definicion.—Es la *bonorum posessio* un derecho que el pretor concede á ciertas personas sobre los bienes de un difunto. Es la sucesion por derecho pretorio, así como la *herencia* es la sucesion por derecho civil.

Naturaleza y carácter de la posesion de bienes.—No podia el pretor crear herederos propiamente dichos; reservada estaba á la ley ó á otro acto legislativo, tal como los senado-consultos ó las constituciones imperiales, la facultad exclusiva de conferir el carácter de heredero. Mas el pretor, por medio de la posesion de bienes y bajo el título de *bonorum posessores*, podia proporcionar á éstos iguales y áun mayores ventajas que las provinientes de la herencia. No eran en modo alguno herederos los *bonorum posessores*, pero se les colocaba en el lugar y categoría de tales herederos (*loco heredum constituuntur*. Instit., § 2, lib. III, tít. IX) (1).

¿Con qué objeto creó el pretor las posesiones de bienes?—El pretor introdujo las posesiones de bienes atendiendo á distintos propósitos: 1° al de confirmar el derecho civil (*veteris juris confirmandi*); 2° al de llenar sus vacíos (*dilatavit*); 3° al de corregir sus imperfecciones (*emendandi*.)

1° *Confirmar el derecho civil* (*confirmandi*).—Confirmábale el pretor cuando concedia la posesion de bienes á las personas que ya venian llamadas á la herencia por el derecho civil. Así la *bonorum possessio unde liberi* tenia por objeto confirmar el derecho civil en cuanto se concedia á los herederos *suyos*, llamados á la herencia *ab intestato* por el mismo derecho civil. Otro tanto sucedia tambien cuando se daba la *possessio bonorum unde legitimi* á los agnados, y á las demás personas que por el

(1) Accarias (*Préc. de dr. rom.*, t. II, n° 442, p. 73) ha expuesto detalladamente y con perfecta claridad las semejanzas y diferencias entre la herencia y la *bonorum possessio*.

derecho civil venian llamadas á la herencia en segundo órden, y asimismo cuando conseguia la *bonorum posessio secundum tabulas* una persona que, áun conforme al derecho civil, hallábase válidamente instituida. (Instit., § 1, lib. III, tít. IX.)

¿Qué ventaja proporcionaba la posesion de bienes á los que ya eran herederos segun el derecho civil?—Segun expresa Gayo (C. III, § 34), la única ventaja consistia en la facultad de hacer uso del interdicto que comienza con las palabras *Quorum bonorum*, cuyo efecto es el de hacerse inmitir en posesion de los bienes hereditarios (1).

2º *Llenar los vacíos del derecho civil* (*dilatavit*).—El pretor proveia al intento de que nadie, al morir, careciese de heredero (*ne quis sine succesione moreretur*) y á tal propósito extendió y desarrolló el sistema del derecho civil, que, ceñido dentro de límites más concretos por la ley de las Doce Tablas, dejaba frecuentemente sin sucesion á un gran número de patrimonios. Solo por una extension del derecho civil (*supplendi juris civilis gratia*) es que llamaba el pretor á la herencia á los cognados, favoreciéndoles con la posesion de bienes *unde cognati*, y que por igual manera concedia la *bonorum posessio unde vir et uxor*. (Instit., § 2, *eod.*)

3º *Corregir el derecho civil* (*emendandi vel impugnandi veteris uris gratia* (2).—Modificaba y corregia el pretor el derecho civil, cuando concedia, por ejemplo, la *bonorum possessio contra tabulas* al hijo emancipado á quien el padre hubiese omitido en su testamento; cuando concedia la *bonorum possessio secun-*

---

(1) La *bonorum possessio* daba al heredero distintas ventajas que no indica Gayo, pero que Accarias, *ob. cit.*, nº 442 *in fine*, p. 76, ha expuesto con notable precision.

Dice así el citado texto de Gayo:

«*Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur alicuam utilitatem habere quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cujus principium est* QUORUM BONORUM, *uti possit.*» Tocante á las sucesiones testamentarias tenia la posesion de bienes notorias ventajas para los instituidos, respecto á la forma del testamento, á la capacidad del testador ó del heredero y á las mismas disposiciones del acto, pues no importaba que no hubiese habido mancipacion de la familia ó nuncupacion con tal que el documento contuviese los siete sellos, ni que el testador hubiese perdido la capacidad en el tiempo intermedio entre la confeccion del testamento y la muerte ó fuese el instituido un póstumo extraño, ni que la institucion hubiese sido condicional, pues el pretor daba la posesion de bienes áun antes de cumplirse la condicion (*pendente conditio*). (N. del Tr.).

(2) Vangerow (Lehrbuch, t. II, § 298, p. 14), supone que apareció en tiempo de Augusto la *bonorum possessio corrigendi gratia.*

dum tabulas á un póstumo extraño (*postumo alieno*), instituido en un testamento, por más que, segun el derecho anterior á Justiniano, teníase por nula semejante institucion, (*quamvis hereditatem jure civili adire non poterat.* (Instit., *pr.*, *eod.*) Finalmente, corregia el pretor el derecho civil cuando llamaba á la sucesion intestada mediante la *bonorum possessio unde liberi* á los hijos emancipados junto con la herederos suyos.

Orígen y sucesivo desarrollo de la «bonorum posessio».—Probablemente hubo de comenzar el pretor por conceder la *bonorum possessio* al heredero llamado por el derecho civil (*veteris juris confirmandi gratia*), de lo cual resulta que, al principio, el hecho se hallaba conforme con el derecho. Muy luego, para llenar los vacíos que se notaban en el derecho civil, hubo de dar la posesion á ciertas personas que por vía de equidad podian creerse con derecho á la sucesion, á consecuencia de sus relaciones con el *de cujus*. (*Ex bono et æquo jus percipiendarum hereditatum dilatavit.*) Y más tarde, merced al apoyo de lo opinion pública, llegó hasta el punto de negar la *bonorum possessio* á ciertos herederos de derecho civil para concederla, en perjuicio de estos, á otras personas respecto de las cuales juzgó más equitativo llamarlos con preferencia á la sucesion (1).

Division de las bonorum possessiones.—Las posesiones de bienes se dividian en *testamentarias y ab-intestato*, *cum re* y *sine re*, *edictales* y *decretales*.

A. *De las posesiones de bienes testamentarias.*

Dos eran las posesiones de bienes testamentarias: la primera llamada *contra tabulas*, se daba, por ejemplo, á los hijos preteridos en el testamento del padre ó del abuelo paterno

---

(1) Véase, en el propio sentido, Ortolan, t. III, nº 1099; Demangeat, t. II, p. 80; Vangerow, t II, § 398; Mühlenbruch, *Lehrb.*, t. III, § 620; Flach, *bonor. possess.*, nº y 4; Brocher, *Et. hist. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 47; Van Wetter, t. II, § 317, p. 258; Accarias, *Préc. de dr. rom*, t. II, p. 71, nº 440 y sig. Labbé, en sus lecciones. En opuesto criterio, Savigny, *Teitschriff für geschichte Rechtsw*, t. V, p. 14 y sig.; Vindscheid, *Lehrb.*, t. III, § 592, nota 4; Maynz, 3ª edic., t. III, § 443, p. 196 y sig.

(*prœteritis liberis*); la segunda, denominada ***secundum tabulas***, dábase á los herederos instituidos, ya á los que siéndolo á tenor de las reglas del derecho civil querian aprovecharse de las ventajas establecidas por el derecho pretoriano, como por ejemplo, del beneficio del interdicto *quorum bonorum*, ya á los que solamente lo eran conforme á las condiciones exigidas por el derecho pretorio, aunque la institucion no tuviese ningun valor *jure civili*. (Instit., § 3, *eod.*)

DE LAS POSESIONES DE BIENES AB-INTESTATO.

Ocho se contaban de esta clase dentro de la legislacion anterior á Justiniano:

1º La posesion de bienes *unde liberi* que se daba á los herederos suyos ó á los que tenian la consideracion de tales (*et iis qui ex edicto prœtoris inter suos heredes communerantur.*) No habia lugar á esta posesion cuando de la herencia de las mujeres se trataba, pues sabido es que no podian ellas tener herederos suyos. (Instit., *ibid.*)

2º La posesion *unde legitimi* que se concedia á los agnados y á los que por las constituciones imperiales se hallaban colocados en igual categoría; á la madre llamada por el senado-consulto Tertuliano á la herencia de sus hijos; á los hijos llamados por el senado-consulto Orficiano á la herencia de su madre; á los herederos suyos que por negligencia hubiesen dejado transcurrir el plazo legal sin solicitar la posesion de bienes *unde liberi* que les era propia; y finalmente á los patronos llamados por la ley de las Doce Tablas á la herencia de sus libertos. Importa observar, sin embargo, que en este punto el pretor no traspasó los límites del derecho civil, sino que vino pura y simplemente á robustecerlo. (D., *Unde legit.*, libro XXXVIII , tít. VII.)

3º La posesion *unde cognati* que se concedia á los cognados del difunto insiguiendo la gradacion de su proximidad. (D., *Unde cogn.*, lib. XXXVIII, tít. VIII.)

4º La posesion *unde vir et uxor* que se otorgaba en favor del cónyuge sobreviviente no divorciado en el caso de no haber existido *conventio in manum*. (D., *Unde vir et ux.*, lib. XXXVIII, tít XI.)

5° La posesion *unde decem personæ* que daba el pretor á diez de las cognados de aquel que, dado en *mancipium*, habia sido manumitido por el adquirente; posesion que daba á los cognados con preferencia al manumisor. Los cognados preferidos á este *manumissor extraneus* eran: el padre y la madre, el abuelo y la abuela, así paternos como maternos; el hijo y la hija, el nieto y la nieta, sin distincion entre los nacidos de un hijo y los de una hija y el hermano y la hermana, ya fuesen consanguíneos, ya uterinos. (Instit., § 3, *eod.*)

A no existir esta *bonorum possessio* especial, los diez parientes que dejamos enumerados, simples cognados con relacion al manumitido, habrian quedado excluidos por el *manumissor extraneus* que disfrutaba todos los derechos de patronato. (Institucion, § 4, *eod.*)

6° La posesion *tum quem ex familia* (1) que sólo se daba para obtener la herencia de los libertos. Tenia derecho á ella la familia, esto es, los agnados del patrono. (Instit., §§ 3 y 5, *eod.*)

7° La posesion *unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes* que se daba al patrono del patrono y á su *familia* cuando él hubiese premuerto. Para esto es preciso suponer que el liberto difunto habia tenido por patrono á otro liberto cuyo patrono ejercia sus derechos. (Instit., § 5, *eod.*) (2)

8° La posesion *unde cognati manumissoris* que se otorgaba en favor de los agnados del patrono hasta los del sexto grado y áun á los del séptimo cuando el cognado era hijo del *sobrinus*, es decir, del primo nacido de un hermano del patrono. (Instituta, § 6, *eod.*)

---

(1) El texto de la Instituta dice equivocadamente: *Tamquam ex familia*. Estas palabras *tum quem ex familia* son aquellas con que empieza el texto del edicto, conformes con las relativas á la posesion de bienes de los herederos legítimos: *tum quem ei heredem esse oporteret* y que reproduce dos veces el Digesto (lib. XXXVIII, tít. VII, § 1°) (N. del Tr.).

(2) Tal es la explicacion dada por Gæschen, *Memoire sur la bonorum possess. libertini intestati*. (Civilitisches Magazin, t. IV, p. 257, 359); Hugo, *Hist. du dr. rom.*, t. I, § 224, nota 3; Demangeat, t. II, p. 92 y 93. Rechazan esta explicacion Ortolan, t. III, n° 1114; Accarias, t. II, p. 81, nota 1; y Maynz, t. III, § 454, p. 255, texto y notas 37 y sig.—Segun Ortolan es la posesion de bienes deferida á la familia natural del patrono, principiando por la linea directa descendente y ascendente, hallándose nominalmente comprendidos en ella los hijos de la patrona y sus ascéndientes. (N. del Tr.).

¿A qué se daba el nombre de posesion de bienes extraordinaria?—Las posesiones de bienes que hasta aquí hemos examinado constituian la clase de las llamadas *ordinarias* (*ordinariæ*) porque las concedia el pretor en casos y á personas perfectamente determinadas; otra especie de posesion de bienes habia, sin embargo, que no estaba clasificada por el pretor dentro de un órden preciso, ni entre las *ab-intestato*; conocíasela con el calificativo de *uti ex legibus* ó posesion de bienes *extraordinaria* y se daba ora *ex-testamento*, ora *ab-intestato*, como recurso postrero y extraordinario (*quasi ultimum et extraordinarium auxilium*), en virtud de mandato expreso de una ley, de un senado-consulto ó de otro cualquier acto legislativo por el que se ordenase deferir á determinadas personas la posesion de bienes (Instit., § 7, *eod.*) Una muestra de posesiones de bienes *uti ex legibus* nos ofrece la ley Papia Poppœa cuando, no satisfecha con llamar á la patrona á recoger la herencia del liberto en concurso con los hijos de este último, manda que se le otorgue por el pretor la posesion de bienes (1). (Ulpiano, *Reg.*, tít. XXIX, §§ 5-7.)

B. *Bonorum possessio* cum re *y bonorum possessio* sine re.

La posesion de bienes dábase unas veces *cum re* y otras *sine re*.

Cum re cuando era efectiva y valedera contra el derecho civil, en cuyo caso no habia lugar á que el *bonorum possessor* temiese la eviccion del heredero de derecho civil (*cum effectu bona retineat*).

Sine re cuando era puramente nominal é ineficaz contra el derecho civil, quedando por lo mismo expuesto el *bonorum possessor* á la eviccion del heredero *jure civili* (*cum alius jure civili evincere hereditatem possit.* Ulpiano, *Reg.*, tít. XXIII, § 6, tít. XXVIII, § 13; Gayo, C. II, §§ 148 y 149, C. III, §§ 36 y 37).

¿Qué ventaja podia ofrecer la «bonorum possessio sine re?»—No era, ciertamente, nada escasa la ventaja que

---

(1) Para más pormenores acerca de la posesion de bienes *uti et legibus* véase M. Flach, *Bonor. possess.*, p. 52 y 53.

ofrecia la posesion de bienes *sine re* al que lograba obtenerla, si se atiende á que traia consigo la facultad de intentar el interdicto *Quorum bonorum*. Merced á este interdicto el *bonorum possessor* pudo hacerse inmitir en posesion áun citando de eviccion al heredero. Una vez inmitido en ella, su posicion es mucho más ventajosa en cuanto sólo debe mantenerse á la defensiva, miéntras que al heredero corresponde, al demandarle por la *petitio hereditatis*, practicar la pruebade su derecho y de la relacion de parentesco que le unia con el *de cujus*; si el heredero no puede llevar á cabo esta prueba justificativa de ambos extremos, el *bonorum possessor* continuará en posesion de la herencia.

¿En qué casos se daba la «bonorum possessio cum re y sine re?»—La posesion de bienes tenia lugar *cum re* en dos casos principales: 1° cuando la persona que pedia la posesion de bienes se hallaba ser al propio tiempo heredera segun el derecho civil; 2° cuando no existia heredero por derecho civil; por ejemplo, si el *de cujus* moria *intestado* sin dejar más que cognados, el más próximo de ellos que demandase la posesion de bienes, la obtenia *cum re*.

Aparte de estos dos casos principales y algunos particulares introducidos por las constituciones de los emperadores, la *bonorum possessio* se daba, en principio, *sine re* (1).

C. *Bonorum possessio edictalis y bonorum possessio decretalis.*

La posesion de bienes *edictalis* era la que se concedia en virtud de una disposicion expresa del edicto y sin prévio exámen; podia pedirse al magistrado en cualquier parte que fuese y en cualesquiera circunstancias y se concedia *de plano*.

La posesion de bienes *decretalis* era la otorgada no ya en virtud de una disposicion expresa del edicto y *de plano* sino por voluntad del pretor, despues de un exámen prévio de los hechos (*cognita causa*) y en vista de las circunstancias peculiares del negocio. Sólo podia pedirse al magistrado en el momento en que se hallaba en el tribunal ocupado en adminis-

---

(1) Consúltese Demangeat, t. II, p. 102.

trar justicia. (L. 1, § 7, D., *De success. edict.*, lib. XXXVIII, título IX.)

Eran *edictales* las posesiones de bienes concedidas por el pretor á los diferentes órdenes de sucesiones testamentarias ó *ab intestato*; estas posesiones tenian un carácter definitivo.

Eran *decretales* las que se concedian, por ejemplo, en virtud del edicto Carboniano (1) y la que se llamaba *ventris nomine* (2). Estas posesiones de bienes no ofrecian, por regla general, una ventaja definitiva; podia el pretor acudir á ellas durante el curso de un procedimiento, como de un arbitrio provisional.

CÓMO SE OBTENIA LA «BONORUM POSSESSIO.»

Las posesiones de bienes no producian *ipso jure* sus efectos en favor de las personas que á ellas viniesen llamadas; era preciso demandarlas judicialmente ante el magistrado del pueblo romano (*magistratus populi romani*), esto es, el pretor en Roma ó el gobernador en las provincias. Primitivamente debia estar concebida la demanda en términos solemnes; pero una constitucion del emperador Constantino (3), hizo desaparecer la necesidad de las fórmulas consagradas; desde aquel momento púdose demandar la *bonorum possessio* en cualesquiera

(1) El beneficio del edicto Carboniano se concedia á los impúberes sobre cuyo estado se promovia controversia; con conocimiento de causa le da el pretor posesion como si no hubiese duda alguna, y con el mismo conocimiento se diferirá el juicio hasta el tiempo de la pubertad. De suerte que son dos los conocimientos de esta causa; uno sobre dar la posesion Carboniana, cuya utilidad consiste en que reciba el impúbero la posesion lo mismo que si no hubiese controversia; y el otro sobre si se debe diferir el juicio hasta el tiempo de la pubertad. (LL. 1, *pr.*, y 3, § 5, D., *De carbon. edict.*, lib. XXXVII, tit X.) (N. del T.) Para más pormenores acerca de la *bonorum possessio* establecida por el edicto Carboniano, véase Glasson, *Rev. hist. de dr. franc. et étrang.*, t. XII, p. 335.

(2) Llámase *ventris nomine* la posesion que se concede á la mujer en cinta mientras se espera el nacimiento del póstumo; durante cuyo tiempo se da á la madre un curador que, de los bienes del patrimonio, le proporcione cuanto necesite para subsistir segun su rango y el del marido difunto. Dura la posesion *ventris nomine* ó sea en nombre del póstumo, hasta que se verifica el parto ó el aborto ó sea cierto que la mujer no está embarazada. Durante esta posesion se difiere toda acusacion de adulterio para no perjudicar al que nazca. (L. 1, D., *De ventre in possess. mitt. et curat. ejus*, lib. XXXVII, tit. IX.) (N. del T.)

(3) Por lo que se desprende de algunos manuscritos, esta constitucion deberia atribuirse á Constantino, pero no juzgamos admisible semejante supuesto.

términos, y no sólo ante el magistrado del pueblo romano, sino ante cualquier otro juez, y áun á los magistrados municipales, como por ejemplo, los duumviros (L. 9, C., *Qui adm. ad bonor. poss.*, lib. VI, tít. IX.)

¿DENTRO DE QUÉ PLAZO DEBIA PEDIRSE LA «BONORUM POSSESSIO?»

Segun el derecho civil el heredero voluntario no tenia término fijado para hacer adicion de la herencia. Seguíase de aquí un grave inconveniente para los acreedores y legatarios, y en general para todas las demás personas interesadas, cuyos derechos permanecian en suspenso. Verdad es que al introducirse la usucapion *pro herede* (1) se puso algun correctivo á dicho inconveniente, pero tambien es cierto que las más veces el remedio fué peor que el mal que se trataba de corregir.

El pretor, obrando con mejor acuerdo, fijó un término dentro del cual debiese necesariamente pedirse la *bonorum possessio;* de esta suerte quien, pudiendo tener en favor suyo el beneficio de la *bonorum possessio*, dejaba espirar el plazo sin deducir su demanda perdia el derecho de obtener la posesion de bienes.

El plazo era de *un año* para los descendientes y ascendientes y de *cien dias* para todos los demás herederos; plazo que se formaba de dias *útiles* (*dias utiles singuli considerantur*), esto es, de aquellos dias en que habria podido pedirse la *bonorum possessio*. Comenzábase á contar desde el momento en que la persona que tenia derecho á la posesion sabia que le habia sido deferida. (Instit., §§ 8, 10, *eod.*)

DE LA ACRECION Y DE LA DEVOLUCION EN MATERIA DE BONORUM POSSESSIO.

Cuando acontecia entre los herederos de un mismo grado que unos aceptasen y otros renunciasen la herencia, la parte de los últimos acrecia á la de los primeros. (*Ejusdem gradus*

(1) Véase, acerca de esta usucapion lo que se deja dicho, p. 196, lib. II, tít. VI.

personis adcrescit. Instit., § 9, *eod.*) Tambien habia devolucion de una en otra posesion de bienes.

Reformas de Justiniano en materia de posesiones de bienes.—Justiniano suprimió las posesiones de bienes *unde decem personæ, tum quem ex familia, unde patronus et patrona liberique eorum et parentes,* y la *unde cognati manumissoris,* en una palabra, todas las posesiones de bienes que se habian introducido relativamente á la sucesion de los libertos y en provecho de las familias de los patronos. (Instit., §§ 4, 5 y 6, *eod.*)

Quedaron, pues, subsistentes *siete* posesiones de bienes, á saber:

Para las sucesiones *testamentarias*:

1° *Contra tabulas;*

2° *Secundum tabulas;*

Para las sucesiones *ab-intestato*:

3° *Unde liberi;*

4° *Unde legitimi;*

5° *Unde cognati;*

6° *Unde vir et uxor;*

Para las sucesiones *testamentarias* y *ab-intestato*, segun las circunstancias particulares de la causa:

7° *Uti ex legibus.*

En la época de Justiniano habia desaparecido enteramente la *bonorum possessio sine re;* toda posesion de bienes era necesariamente *cum re.*

Justiniano introdujo la devolucion de grado en grado, por lo ménos dentro el órden de los agnados y tal vez dentro el órden de los *liberi;* bien que esto último es todavía materia de discusion (1).

Finalmente, la posesion de bienes no se pidió ya por ante ningun magistrado sino que fué bastante manifestar de cualquier modo, dentro del plazo establecido, la aceptacion. Veníase á ser, pues, *bonorum possessor* de igual manera que se venia á ser heredero; desde aquel momento la *bonorum possessio* se asimiló á la herencia (2). (Instit., § 10, *eod.*)

---

(1) Véase Accarias, *ob. cit.*, t. II, n° 468, p. 136, texto y nota 1.

(2) *Sic*, Ortolan, t. III, n° 1122; Accarias, t. II, nº 468, p. 136 y 137; Labbé, en sus lecciones. Comp., Demangeat, t. II, p. 110.

APÉNDICE A LA MATERIA DE LAS SUCESIONES AB-INTESTATO.

Sucesiones ab-intestato segun las Novelas 118 y 127.—Algunos años despues de promulgadas las Instituciones, Justiniano refundió el sistema de las sucesiones *ab-intestato* por medio de las novelas 118 y 127 publicadas en 543 de J. C. la primera y en 547 la segunda.

¿Qué suprimió Justiniano?—Borró el Emperador la diferencia entre la agnacion y la cognacion; diferencia que, despues de haber sido la base del sistema hereditario de la ley de las Doce Tablas siguió constituyendo el principio dominante en materia de sucesiones, apesar de los cambios operados por el derecho pretorio y las constituciones imperiales. Destruyó tambien la influencia que ejercia la emancipacion sobre los derechos hereditarios, como hizo desaparecer la distincion que antes habia existido entre la *posesion de bienes* y la *herencia.*

Sistema de sucesion establecido por las citadas Novelas.—Este sistema reconocia como fundamento el parentesco natural, y dentro de él existian cinco clases de herederos, á saber: 1° la de los descendientes; 2° la de los ascendientes, de los hermanos y hermanas *germanos* y de sus descendientes en primer grado; 3° la de los hermanos y hermanas germanos y de sus hijos; 4° la de los hermanos y hermanas *consanguíneos* ó *uterinos* y de sus descendientes; 5° la de los restantes colaterales.

I. *De los descendientes.*

Los descendientes venian en primera línea, ora fuesen *sui juris* ó *alieni juris*, ora descendiesen *ex masculorum genere* ó bien *ex feminarum*. Tampoco se tomaban en cuenta la emancipacion ni la adopcion. Dentro de este órden se admitia la representacion hasta el infinito; los hijos, pues, eran llamados en el lugar y derecho de sus padres premuertos. La particion se verificará por estirpes (*in stirpes*) y no por cabezas (*in capita.*)

II. *De los ascendientes, de los hermanos y hermanas germanos y de sus descendientes en primer grado.*

Por regla general los ascendientes excluian á los colaterales; sólo recibia esta regla una excepcion en favor de los hermanos y hermanas, *ex utroque parente conjuncti defuncto* y de sus descendientes, bien que sólo para los de primer grado.

Caso en que no ha dejado el difunto más que ascendientes.—No se admitia dentro de este órden el derecho de representacion. El ascendiente más inmediato heredaba con exclusion de todos los demás, sin distincion entre los ascendientes paternos y los maternos.

¿Qué se resolvia en el caso de presentarse varios ascendientes de distintas líneas en el mismo grado de parentesco? En tal supuesto la herencia deberia partirse por mitad, y cada una de estas mitades se dividia *per capita* entre los ascendientes de un mismo grado dentro de cada línea.

Caso en que ha dejado á un tiempo el difunto ascendientes y hermanos y hermanas germanos.—La particion se verificaba por cabezas (*secundum personarum numerum*) y cada uno de los sucesores llevaba una parte igual. Conviene observar, en este punto, que el ascendiente bajo cuya potestad se hallaban los hermanos y hermanas germanos, no gozaba, cuando venia en concurrencia con estos últimos, el usufructo de la porcion de herencia que habia correspondido á los colaterales sus descendientes, esto es, á los hermanos y hermanas del difunto.

Si existian hijos de hermanos ó hermanas concedíaseles el derecho de representacion. Estos hijos podian, pues, concurrir con otros hermanos ó hermanas sobrevivientes y con los ascendientes del difunto. Pero si este dejaba un ascendiente y sobrinos ó sobrinas nacidos de hermanos ó hermanas germanos premuertos, sin que hubiese ya ningun otro hermano ó hermana germanos sobrevivientes, ¿podian estos sobrinos concurrir con los descendientes? Punto era este acerca del cual existia controversia entre los antiguos intérpretes del derecho

romano. Hoy dia se acepta generalmente la solucion afirmativa en nuestras cátedras (1).

III. *De los hermanos y hermanas germanos y de sus hijos.*

Los hermanos y hermanas *ex utrisque parentibus conjuncti defuncto* excluian á los hermanos y hermanas consanguíneos y uterinos que se hallaban como ellos, en primer grado respecto al de *cujus* (2). Esta preferencia de los hermanos germanos, es lo que se ha llamado *privilegio del doble vínculo.* Cuando el difunto no hubiere dejado más que hermanos y hermanas de doble vínculo, la particion se hacia *per capita*, y si al propio tiempo habia dejado sobrinos y sobrinas, estos últimos eran admitidos, como ya hemos dicho en el párrafo anterior, en representacion de su causante. Pero si el difunto no habia dejado más que sobrinos y sobrinas, la particion tenia lugar por estirpes. Esta es por lo ménos la doctrina hoy dia generalmente recibida (3).

IV. *De los hermanos y hermanas consanguíneos ó uterinos y de sus hijos.*

En defecto de hermanos ó hermanas germanos, correspondia la herencia á los hermanos ó hermanas consanguíneos ó

---

(1) Véase, de conformidad con esta opinion, de Keller, *Pand.*, § 469, nota 7; De Fresquet, *Tr. élément. de dr. rom.*, t. II, p. 40; Demangeat, t, II, p. 114; Van Wetter, t. II, § 324, p. 290, nota 17; Labbé, en sus lecciones. En opuesto sentido se determinan Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 416, p. 54; Namur, 2ª edic., t. II, § 385, p. 158; Accarias, t. II, nº 469, p. 142.

(2) No sucede asi en el derecho moderno. Véase el art. 752 de nuestro Código civil.—Segun la legislacion de Castilla, que concuerda en este punto con la de Cataluña, en cuanto procede de la Novela 118, antes citada, tambien tienen preferencia los hermanos de doble vínculo sobre los que lo son únicamente por el padre ó por la madre.

No habiéndolos germanos suceden los consanguíneos y uterinos indistintamente en los bienes que el difunto hubiere adquirido con carácter adventicio, pues si procediesen del padre ó de la madre los heredarán los consanguíneos ó los uterinos respectivamente. (LL. 5 y 6, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo; l. 12, tít. VI, lib. III, Fuero Real; L. 6, tít. XIII, Partida 6ª.) (N. del T.)

(3) Véanse, en este sentido, Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 416, a. 2, nº 3; Namur, t. II, § 386, p. 159 (2ª edic.); Van Wetter, t. II, § 324, p. 291, texto y nota 23.

uterinos (*ex uno parente conjuncti defuncto*). La particion se hacia por cabezas, sin distincion por causa del orígen de los bienes.

V. *De los demás colaterales.*

No existiendo hermanos ni hermanas, sobrinos ni sobrinas, venian llamados á la herencia los demás colaterales, siempre teniendo en cuenta la proximidad de grado y la particion por cabezas.

Observaciones.—1º Justiniano sólo permitió que gozasen de los derechos hereditarios los católicos, y de ningun modo los herejes. 2º No llamó al cónyuge á la sucesion del cónyuge difunto, aunque este último no dejase pariente alguno.

TÍTULO X

De la adquisicion por arrogacion.

Al lado de las herencias testamentarias y *ab intestato* y de las posesiones de bienes, reconocia el derecho romano algunos modos de adquirir á título universal entre vivos. Ya no se trata, pues, de suceder á una persona fallecida, sino á una persona todavía viviente. Estas son, segun las llama M. Gide, *sucesiones extraordinarias* (1). La Instituta se ocupa de estas sucesiones en este título y en el XII.

Nociones preliminares.—Suceder no es más que sustituirse en el lugar que ocupaba otro. Lo que no se comprende fácilmente es la posibilidad de suceder á todo el conjuuto de los bienes de una persona viviente, porque el patrimonio parece como si constituyese la personalidad misma del hombre. Por esto es preciso suponer que la persona viva *ha muerto civilmente*; tal sucede, por ejemplo, én el caso de la *capitis de-*

(1) Gide, en sus lecciones, 1868-69.

minutio, porque la *capitis deminutio* produce, realmente, la muerte civil (1). En la *conventio mulieris in manum mariti* (2), y en la arrogacion, la mujer y el arrogado mueren, por decirlo así, en su antigua personalidad civil, reapareciendo en otra familia con una nueva personalidad. Y sucede así, por la sencilla razon de que la personalidad del individuo queda como absorbida por la personalidad de la familia.

Desaparecida la *manus* en tiempo de Justiniano, la Instituta no se refiere ya más que al caso de la arrogacion.

Orígen de este modo de adquisicion por universalidad.—Dice la Instituta que esta adquisicion en masa de los bienes del arrogado hecha por el arrogador (3) no se originó de la ley de las Doce Tablas ni del edicto del pretor, sino de la costumbre (*eo jure quod consensu receptum est, introducta est.* Instit., *pr.*, lib. III, tít. X.)

Efectos de la arrogacion.—Es preciso examinarlos bajo el doble punto de vista de la transmision de los bienes y derechos del arrogado y de la transmision de sus deudas.

Transmision de los bienes del arrogado.—Esta transmision obró efectos distintos segun los tiempos, por lo cual debemos atender al derecho anterior y al derecho coetáneo á Justiniano.

Derecho anterior á Justiniano.—Todos los bienes del arrogado (*omnes res*), cosas corporales ó incorporales, y todos sus créditos *(quœque et debitœ sunt)* pasan á ser adquiridos en plena propiedad por el arrogador. (Instit., § 1, *eod.*) No deja de haber, sin embargo, alguna excepcion, puesto que ciertos derechos se extinguen al ocurrir la *capitis deminutio*, y no pasan, por lo tanto, al arrogador: tales son los derechos del usufructo y de uso (4), la prestacion de servicios por los libertos (*operarum obligationes per jusjurandum contractœ*) (5), el *jus*

---

(1) Véase *supra*, p. 131.
(2) Véase *supra*, p. 107 y 108.
(3) Véanse los pormenores dados en el capítulo *De las Adopciones*, lib. I, tit. XI, p. 110 y sig.
(4) Véase *supra*, lib. II, tit. IV, p. 190, los modos de extinguirse el usufructo.
(5) Véase, lib. I, tit. IV, p. 75, el párrafo relativo á los derechos del patrono sobre la persona del liberto.

agnationis y todos los beneficios inherentes á la agnacion (1). Finalmente, aquellos bienes que, adquiridos por el arrogado antes de la arrogacion, constituyesen un peculio *castrense*, seguian despues de aquel acto con la misma condicion de *castrenses*, y no se incorporaban al patrimonio del arrogador. (Instit., *ibid.*)

Derecho de Justiniano.—En la época de este Emperador el derecho de adquirir por arrogacion quedó ceñido dentro los mismos límites que el de los padres naturales. (Instit., § 2, *eod.*) El padre natural ya no adquiere la plena propiedad de las cosas que proviniesen al hijo de familia *aliunde quam ex re patris*, sino que tales cosas como estas quedaban en el dominio del hijo, sin que tuviera el padre más derechos que los de usufructo (2). Por analogía, pues, tampoco podia el arrogador pretender otra cosa que el usufructo sobre los bienes del arrogado. Sin embargo, cuando éste muere dentro de la familia adoptiva sin dejar descendientes ni por sus hermanos ni por sus hermanas, pasa tambien al arrogador la propiedad de los bienes adventicios, puesto que sucede por igual manera que el padre natural. (Instit., *ibid.*) Además quiso Justiniano que ya no se extinguiesen los derechos de uso y de usufructo por la pequeña *capitis deminutio*, de suerte que desde aquel momomento pasaron aquellos derechos al arrogador y subsistieron en provecho suyo áun despues de fallecido el arrogador. (Instit., § 1, *in fine.*)

Transmision de las deudas del arrogado.—Es necesario distinguir tres clases de deudas: 1º, las provenientes de una herencia que hubiese adido el arrogado; 2º, las contraidas por este *nomine proprio;* 3º, las que resulten de los delitos que hubiese cometido.

1º *Deudas hereditarias.*—El arrogado deja de ser heredero, de donde se deduce que viene á quedar relevado de cuantas deudas gravaban la herencia.

El arrogador es quien viene á ser heredero, pues adquiere una universalidad compuesta de activo y pasivo y ha de que-

---

(1) Véase, lib. I, tit. XVI, p. 131, el párrafo relativo á los efectos de la *capitis deminutio*.

(2) Véase, lib. I, tit. IX, p. 90 y 91.

dar obligado directamente como heredero (*et ipse pater adoptivus succedit, et heres fit directo tenetur jure.* Gayo C. III, § 84.)

2º *Deudas contraidas por el arrogado «proprio nomine.»*— En este punto hemos de ver distintas soluciones segun nos coloquemos en el terreno civil, del derecho pretorio y del derecho justinianeo. El *derecho civil* consideraba la arrogacion como un cambio radical en el individuo; una personalidad jurídica desaparece, y la nueva personalidad que nace no está ligada por ninguna de las obligaciones que pesaban sobre la primera. El arrogado, pues, queda exento de toda responsabilidad (*per capitis deminutionem liberantur*) por las deudas que contrajo ántes de su arrogacion. Por otro lado, como los padres de familia no son responsables de las obligaciones contraidas por los individuos sometidos á su potestad, el arrogador no queda obligado directamente por las deudas del arrogado, las cuales, faltando el deudor, se desvanecen por completo. Ya se alcanza cuán injusta consecuencia era ésta para los acreedores. (Gayo, C. III, § 84; C. IV, § 38). El *derecho pretorio* introdujo un temperamento al rigor de aquella consecuencia. Las acciones extinguidas *jure civili* concediéronse á los acreedores del arrogado *utilitatis causa*, como si no hubiese lugar á la arrogacion. El pretor otorga, pues, una especie de *restitutio in integrum* (1).

Estas acciones útiles, dadas directamente contra el arrogado, alcanzan indirectamente al arrogador. Y en efecto, Gayo dice (C. III, § 84) que si este último no defiende al primero de aquellas acciones (*si adversus hanc actionem non defendantur*), es decir, si no presta á los acreedores la caucion *judicatum solvi*, éstos serán inmitidos en posesion de los bienes que, de no mediar arrogacion, habrian pertenecido al arrogado, con facultad además de ponerlos en venta para reintegrarse de sus créditos con el producto (*universa vendere creditoribus prœtor permittit*). *Dentro del derecho justinianeo* los acreedores pueden accionar contra el mismo arrogador *nomine filii*,

---

(1) Esta *restitutio in integrum* se distingue de la *restitutio in integrum* ordinaria bajo un doble concepto, en cuanto se concede: 1º, sin exámen; 2º, sin limitacion de tiempo. *Sic*, Ortolan, t. III, p. 108, nº 1153; Demangeat, t. II, p. 123; Labbé, en sus lecciones.

por cuyo medio, y salva esta diferencia, pueden los acreedores obtener idéntico resultado. (Instit., § 3, *eod.*)

3º *Deudas provenientes de un delito cometido por el arrogado.* —Tales deudas, áun dentro del derecho civil, vienen á cargo del mismo arrogado. *Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit,* dice Ulpiano. (L. 2, § 3, *De cap. min.*, lib. IV, tít. V.)

TITULO XI

De aquel á quien se adjudican los bienes para sostener las manumisiones.

Definicion.—Llámase *addictio* la atribucion de un derecho hecha por el magistrado á favor de una persona, y más concretamente hablando, es *addictio bonorum libertatis causa* la atribucion hecha á una persona de los bienes que componen la herencia de un difunto, mediante la obligacion de conservar las manumisiones. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XI.)

Orígen de la «addictio bonorum libertatis causa.»—Esta adjudicacion, que constituia un modo de adquirir *per universitatem*, fué introducida por un rescripto de Marco Aurelio, con ocasion del siguiente caso. Habia muerto un ciudadano llamado Virginio Valente, dejando un patrimonio gravado por deudas y un testamento, en el cual daba la libertad á numerosos esclavos. Habiendo rehusado hacer adicion el heredero instituido, sin que tampoco se presentase ningun sucesor *ab intestato* á recoger la herencia, los bienes que la componian iban á ser vendidos por los acreedores. En esta situacion, Pompilio Rufo, uno de los esclavos manumitidos en el testamento, se dirigió al Emperador en súplica de que se le adjudicasen los bienes, aceptando el gravámen de pagar las deudas y de llevar á cabo las manumisiones. El emperador Marco Aurelio accedió á la demanda en vista de que con ello no resultaba ningun interés lesionado. (Instit., § 1, lib. III, tít. XI.)

¿En qué caso se concede la «addictio?»—Al principio, segun los textuales términos del rescripto de Marco Aurelio, tenia lugar la *addictio* en dos casos: 1°, cuando el difunto habia dispuesto algunas manumisiones en su testamento; 2°, cuando no habia ningun heredero ó sucesor *ab intestato*. El rescripto de Marco Aurelio ha tenido varias ampliaciones. *Caso en que se ha legado la libertad en testamento*: la *addictio* ha sido aplicada al caso de haber fallecido una persona sin testamento (*intestatus decedens*), dejando dispuestas las manumisiones por codicilos. Tambien se ha extendido á las manumisiones que el difunto hubiese otorgado *entre vivos* ó por *donaciones á causa de muerte*, á fin de impedir que fuesen declaradas nulas dichas manumisiones como hechas en fraude de los acreedores. (Instit., §§ 3 y 6, lib. III, tít. XI.) *En el caso que no exista ningun heredero ó sucesor ab intestato*, la *addictio* ha sido extendida al caso en que el difunto ha dejado un *heres suus* que se hubiese abstenido. (Instit., § 4, *eod.*)

¿Con qué objeto se concede la addictio?—Con un doble objeto, á saber: 1° favorecer las manumisiones; 2° evitar una afrenta á la memoria del difunto, impidiendo la venta en masa de los bienes, hecha en su propio nombre (Instit., *pr.*, y § 2, lib. III, tít. XI.)

¿Dentro de qué plazo debe pedirse la addictio?—Podia obtenerse la *addictio* miéntras los bienes del difunto no hubiesen sido embargados ni vendidos por los acreedores. Mas en el caso en que se hubiese pedido la *addictio* despues de la venta de los bienes (*semel rebus venditis*) se ofreció la dificultad de que al concederse la *addictio* se hacia preciso rescindir la venta. Cuestion era esta muy controvertida en el derecho antiguo; pero Justiniano puso fin á toda suerte de dudas decidiendo, por una constitucion inserta en el Código, que la *addictio* seria concedida por el magistrado siempre que no hubiese trascurrido un año desde la fecha de la venta (*vel ante venditionem verum vel post venditionem, intra annale tamen tempus*. L. 15, *pr*. C., *de testam. manum.*, lib. VII, tít. II.)

¿A quién se concede la addictio?—El rescripto de Marco Aurelio sólo se referia al caso de ser un esclavo manumitido en el testamento quien pidiese la inmision en el lugar y dere-

cho de heredero instituido; y todo concurre á justificar la creencia de que tal fué la primitiva aplicacion que hubo de darse al rescripto. (Instit. *pr.*, lib. III, tít. XI). Conviene advertir que si eran varias las personas que pedian el beneficio de la *addictio* era preciso distinguir si se habia hecho la demanda simultánea (*uno momento*) ó sucesivamente (*per intervalla*); en el primer supuesto se otorgaba la *addictio* en favor de todos los solicitantes; en el segundo la prioridad de la demanda determinaba el órden de la preferencia entre los varios pretendientes. (L. 15, § 4, C., *eod*).

Condiciones de la addictio.—Primitivamente y á tenor del literal contexto del rescripto de Marco Aurelio, la *addictio* sólo se concedia mediante las condiciones siguientes: 1º dar á los acreedores caucion satisfactoria para garantir el pago íntegro de sus respectivos créditos (*si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendu* (Instit. § 1, *eod*); 2º sostener indistintamente todas las manumisiones (*omnes libertates indistincte celebrentur* L. 15, § 5, C., *eod*).

Justiniano dió amplitud á la aplicacion del rescripto, disponiendo, en una constitucion inserta en el Código, que la *addictio* podria concederse á una persona que ofreciese á los acreedores, si no el pago íntegro, á lo ménos el de una parte, ó sea un dividendo; mas para ello es preciso que lo consientan los acreedores (L. 15 y § 1, C., *eod*); añadiendo, por otra parte, que podria tambien concederse la *addictio* al que sólo se comprometiese á dar la libertad á algunos de los esclavos manumitidos por el testador (L. 15, § 3, C., *eod*).

Efectos de la addictio.—Debemos examinarlos bajo cuatro distintos puntos de vista: segun que se refieran al difunto, á sus acreedores, á los manumitidos ó al que ha obtenido la *addictio*. 1º *Relativamente al difunto*, la *addictio* pronunciada por el magistrado impide, como ya dijimos, que los acreedores pongan en venta los bienes á nombre del difunto, con lo cual se logra evitar la infamia que de otro modo recaeria sobre su memoria. De esta suerte el adjudicatario, *defensor idoneus* Instit., § 2, *eod.*), debe atender á las reclamaciones de los acreedores como las atenderia el mismo deudor ó sus herederos. 2º *Relativamente á los acreedores* la *addictio* les asegura el

cobro íntegro de sus créditos, y cuando ménos un dividendo más crecido que lo habrian logrado por medio de la *venditio bonorum* (1). 3º *Relativamente á los manumitidos* la *addictio* produce el efecto de reponer al adjudicatario en el lugar y derecho del heredero instituido; por consiguiente, los esclavos cuya manumision se habia encomendado al heredero instituido, reciben del adjudicatario la libertad y deberán reconocérsele como único patrono. En cuanto á los esclavos que hubiese manumitido el testador *directamente* (*quibus directa libertas data est*), obtienen su libertad de igual modo que si el instituido hubiese aceptado la herencia (*perinde ac si hereditas adita esset*); son, pues, *liberti orcini* sobre quienes no goza el adjudicatario ningun derecho de patronato. Sin embargo, el que solicita la *addictio* puede continuar en su demanda la condicion de que cuantos esclavos haya manumitido el testador *directamente* han de ser considerados como libertos del adquirente la herencia, y en tal calidad quedar sometidos á sus derechos de patronato; mas para esto es necesario que los esclavos de quienes se trate presten su consentimiento (*si ii quorum de statu agitur, consentiant.* Instit., § 1, *eod.*) 4º *Relativamente á la persona que obtiene la addictio*, el efecto que produce es el de colocarle en situacion semejante á la del *bonorum possessor*. El adjudicatario dirige sus acciones contra los deudores del difunto, y ellos á su vez accionan contra el adjudicatario, no civil, pero sí *útilmente*.

Influencia de la «restitutio in integrum» sobre la addictio.—Si el heredero *ab intestato* que desde un principio se abstuvo ó renunció, consigue luego hacerse restituir *in integrum* contra su abstencion ó su renuncia *post addictionem libertatum servandarum causa facta*, obtendrá la totalidad de la herencia; mas como es entre los romanos principio axiomático que la libertad, una vez obtenida, no puede ya ser revocada, la *restitutio in integrum* no será eficaz contra las manumisiones ya celebradas. (*Utique non erit dicendum revocare libertates quia semel competierunt*, Instit., § 5, *eod.*)

---

(1) Véase, *infra*, p. 386.

TITULO XII

De las sucesiones suprimidas que tenian lugar por la venta de los bienes y en virtud del senado-consulto Claudiano.

DE LA VENTA DE LOS BIENES.

Definicion.—La *venditio bonorum* es la venta en masa de los bienes de un deudor, hecha por sus acreedores.

Orígen de la «bonorum venditio».—Es una institucion pretoriana. (Gayo, C. IV, § 35). El pretor Publio Rutilio fué quien estableció la *bonorum venditio*, basada en un sistema de ejecucion necesaria de los bienes, que ya se conocia en el derecho civil (*jure civile*), con el nombre de *bonorum sectio* (1). El Estado, es decir, el Tesoro público verificaba la *sectio bonorum* ó venta en masa de los bienes de un deudor, cuando este no satisfacia voluntariamente su deuda. (Tito-Livio, *Ann.*, libro XXXVIII, núm. 60.)

Formalidades que preceden á la adjudicacion.—Estas formalidades pueden reducirse á *cinco* principales: la inmision en la posesion de los bienes del deudor, el nombramiento de uno ó de varios curadores, la fijacion de carteles anunciando la venta, el nombramiento de un síndico y la redaccion de las condiciones de la venta.

I. *Inmision en la posesion de los bienes del deudor*.

¿En qué casos hay lugar á ella?—Es preciso distinguir si la posesion se pide contra una persona viviente ó contra una persona fallecida *Si el deudor vive*, se pondrá en posesion: 1° cuando el deudor lleva el propósito manifiesto de sustraer-

(1) Segun Accarias, t. II, n° 481, p. 169, texto y nota 2, la *bonorum sectio* tambien podria tener por objeto cosas *individualmente determinadas*, como el botin arrebatado á los enemigos.

se á las gestiones de sus acreedores (*fraudationis causa latitat*); 2° cuando está ausente y no se presenta nadie á tomar su defensa (*nec absens defenditur*); 3° cuando ha hecho cesion de sus bienes á sus acreedores en virtud de la ley *Julia* (*ex lege Julia bonis cedit*); 4° cuando á pesar de haber recaido contra él sentencia condenatoria hubiese dejado trascurrir los términos legales sin ejecutar la condena. (Gayo, C. III, § 78). *Si el deudor ha muerto*, se dará la posesion cuando aparezca indudable que este difunto no tiene sucesor testamentario, ni *ab intestato*, ni heredero por derecho pretorio.

Forma de la inmision en posesion.—Reunidos los acreedores en junta, se dirigen al pretor quien por un *decreto* dado *cognita causa*, les autoriza para tomar posesion de los bienes del deudor.

Efecto que produce.—Tal es la separacion completa del deudor respecto á la administracion de sus bienes, cuya custodia queda confiada á los acreedores. Viene á ser, pues, una especie de prenda (*pignus prætorium*). (L. 1, D., *Quib. ex caus.*, lib. XLII, tít. IV.)

Su duracion.—El plazo es más largo cuando el deudor *vive* que cuando *ha muerto* ya; en el primer caso, es de *treinta* dias, en el segundo de *quince* solamente. (Gayo, C. III, § 79.)

II. *Nombramiento de uno ó varios curadores.*

¿Cómo se verifica este nombramiento?—El magistrado es quien nombra el curador ó curadores, prévia la designacion y el asentimiento de los acreedores. (L. 14, *pr.*, L. 15, *pr.*, D., *De reb. auctor. jud. poss.*, lib. XVII, tít. V.)

Funciones que desempeña el curador.—El curador tiene á su cargo la adminitracion de los bienes, el ejercicio de las acciones que corresponderian al deudor, y en una palabra, la práctica de todos los actos de conservacion.

III. *Anuncios de la venta.*

¿Cómo se llaman estos anuncios?—Llámanse *proscriptio*, *proscriptiones*.

¿Cuándo debian publicarse?—Este punto no estaba determinado; baste decir que en el mismo decreto por el cual se

inmitia á los acreedores en posesion de los bienes, se continuaba la órden para publicar los anuncios.

¿Cuál era su contexto?—Segun Teófilo, se hallaban concebidos en los siguientes términos: «X..., nuestro deudor, ha quebrado, y hallándonos ser sus acreedores, procedemos á la venta de su patrimonio; el que pretenda ser comprador puede presentarse.»

¿Cuál es el objeto de estos anuncios?—Con ellos se conseguia que, mediante la concurrencia de varios licitadores, se aumentasen los tipos de las posturas.

IV. *Nombramiento de un síndico.*

¿Cómo se verifica este nombramiento?—Despues de trascurridos los plazos de treinta ó de quince dias respectivamente para publicar los anuncios de la venta, el pretor, *por un nuevo decreto,* convoca á los acreedores á fin de proceder al nombramiento de un síndico. (Gayo, C. III, § 79.)

Funciones que desempeña.—El síndico no tiene á su cargo más deberes que las operaciones necesarias para realizar la venta de los bienes (1). (Gayo, *ibid.*)

V. *Redaccion de las condiciones de la venta.*

¿Cómo se llama este acto?—Es lo que nosotros llamamos *pliego de condiciones*, y que tenia entre los Romanos el nombre de *lex bonorum vendendorum*.

¿Quién formúla esta «lex bonorum vendendorum?»—El síndico es quien propone las condiciones de la venta en asamblea ó junta general de acreedores, á tal propósito convocados por un nuevo auto del pretor.

---

(2) Conformes con esta distincion entre el *síndico* encargado sólo de la venta y el *curador* encargado de la administracion se hallan Ortolan, t. III, p. 115, nº 1165; Demangeat, t. II, p. 137; Maynz, t. II, § 383, p. 570, texto y nota 54; Tambour, *Des voies d'execution*, t. I, p. 187, Accarias, t. II, nº 483, p. 172, texto y nota 1.

Cómo se formula de ordinario esta lex.—Teófilo nos ofrece un ejemplo de su comun contenido: «El adquisidor deberá garantir á cada acreedor la mitad, p. e. del importe de su crédito, de suerte que aquel á quien se debiesen 100 sólidos perciba 50, y 100 aquel á quien se debiesen 200.»

¿Qué datos comprende además la lex?—La *lex bonorum vendendorum* contiene una enumeracion de los bienes y un estado de las deudas, esto es, el activo y el pasivo del deudor.

DE LA ADJUDICACION.

La adjudicacion tiene lugar *treinta dias* despues de verificado el nombramiento del síndico, si se trata de bienes pertenecientes á un deudor que vive todavía; y dentro de *veinte* dias, si se trata de los bienes de un deudor ya fallecido. (Gayo, C. III, § 79.)

¿Cómo se hace la adjudicacion?—Hacíase, muy probablemente, por medio de pública subasta, en dia y hora fijados de antemano (1).

¿Por qué precio?—El precio debia consistir en un tanto por ciento del montante de las deudas, declarándose adjudicatario al que ofreciese un dividendo más crecido.

Efectos de la bonorum venditio.—Debemos examinarlos con relacion al comprador y con relacion al deudor: *Respecto al comprador*, si lo es de la universalidad de los bienes puestos en venta es un sucesor por derecho pretoriano, una especie de *bonorum possessor*; ejerce las acciones y se ejercen contra él, no *civil*, pero sí *útilmente* (*utilitatis causa*). (Gayo, C. III, §§ 80 y 81). Por otra parte adquiere sobre las cosas que se le han adjudicado no el dominio quiritario sino el bonitario (*in bonis*); mas puede, sin embargo, adquirir el primero por medio de la usucapion (*ex jure Quiritium ita demum acquiruntur si usuceperunt*). (Gayo, C. II, § 154). *Respecto al deudor* la venta en masa de sus bienes constituye una nota de infamia,

---

(1) Esto, no obstante, ignoramos que exista ninguna ley que prohiba formalmente verificar la venta de un modo privado. Véase en igual sentido, Accarias, t. II, nº 483, p. 173, texto y nota 3.

la cual trae consigo ciertas incapacidades de derecho privado y pérdida de derechos políticos (1).

Legislacion de Justiniano.—En la época de Justiniano cayó en desuso, con el procedimiento ordinario, la venta en masa de los bienes (*cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt*), siendo reemplazada por la *distractio bonorum*. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XII.)

Diferencia entre la venditio y la distractio bonorum.—1° En virtud de la *venditio* la enajenacion tenia lugar en masa y el adquirente se convertia en *succesor in universum jus* del deudor. Por la *distractio* la venta tenia lugar al detalle, cosa por cosa, y por ende sólo sucedia el comprador en los derechos del deudor con relacion á un objeto determinado. 2° En la *venditio* el precio es un dividendo que el comprador se obliga á pagar á los acreedores, mientras que en la *distractio* se paga el valor total de cada uno de los bienes. 3° De la *venditio* nace un estigma infamante para el deudor insolvente al paso que la *distractio* no produce infamia.

DEL SENADO-CONSULTO CLAUDIANO.

El senado- consulto Claudiano creó un nuevo modo de adquirir por universalidad, que tenia lugar cuando una mujer libre movida por desenfrenada pasion hácia un esclavo (*servili amore bacchata*) se obstinaba en cohabitar con él á despecho de las amonestaciones que la dirigiera el dueño del esclavo. Esta mujer, despues de tres advertencias consecutivas del *dominus servi* caia en esclavitud del mismo dueño en virtud de un decreto del magistrado (*efficitur ancilla*), lo cual traia por consecuencia que los bienes de la mujer los adquiria el señor al propio tiempo que los derechos de potestad. (Instit., *pr.*, libro III, tít. XII.)

¿Qué diremos en el caso de tratarse de una liberta?—

(1) Es cuestion todavía no bien resuelta la de si la *venditio bonorum* dejaba libre de responsabilidad al deudor por aquella porcion de sus deudas que no se hubiesen podido cubrir con el producto de la venta. (Gayo, C. II, § 155; L. 25, D., *De reb. auct. jud. poss.*, lib. XLII, tít. V; L. 25, § 7, D., *Quæ in fraud. credit.*, lib. XLII, título VIII.)

En este punto debemos distinguir cuidadosamente dos hipótesis: *Primera*, si la liberta mantiene relaciones con un *servus alienus* ignorándolo su patrono, no se hará esclava del *dominus servi* sino que recae bajo la potestad de su patrono. *Segunda*, si la liberta mantiene relaciones constantes con un *servus alienus* á ciencia y paciencia de su patrono (*sciente patrono*), caerá en esclavitud del *dominus servi.*

¿Qué resolveremos en el supuesto de que el comercio ilícito entre una mujer libre y un esclavo tenga lugar con asentimiento del señor de este último?—Preciso es apreciar las consecuencias del hecho con relacion á los hijos que nazcan de aquella union. 1º *Relativamente á la mujer* no por esto caerá en esclavitud, sino que será tenida en calidad de liberta; el *dominus servi* adquiere sobre ella todos los derechos de patronato. 2º *Relativamente á los hijos*, serán libres ó esclavos segun los pactos que hayan mediado entre la mujer y el señor.

Tal era el estado del derecho con anterioridad á Adriano; mas este Emperador dispuso para lo sucesivo que los hijos naciesen libres (*liberum pariat*) fuesen cualesquiera las composiciones celebradas entre la mujer y el señor.

Justiniano hubo de abrogar el senado-consulto Claudiano, declarándole indigno de su época (*indignum nostris temporibus*) y consiguientemente la adquisicion á título universal que en el mismo se habia ordenado, adquisicion que se moteja de miserable (*miserabilis per universitatem adquisitio*). (Instituta, § 1, lib. III, tít. XII.)

TITULO XIII.

De las obligaciones.

Definicion.—La obligacion (de *ligare*, atar ó ligar) es una relacion jurídica entre dos personas, de las cuales una puede exigir á la otra un provecho ó un servicio (1). (*Obligatio est vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura*). (Instit., *pr.*, libro III, título XIII.)

La persona que, en virtud de esta relacion jurídica que llamamos obligacion, tiene derecho á exigir alguna cosa, lleva el nombre de *acreedor;* la que se halla en la necesidad de prestar un servicio se llama *deudor*.

Ambas personas se designan tambien con la expresion comun de *reus*, llamándose más particularmente *reus credendi* al acreedor y *reus debendi* al deudor.

Considerada bajo su aspecto activo, en cuanto á la persona que puede exigir alguna cosa, la relacion se llama *crédito* (*creditum*) y tambien *nomen*, expresion esta última que, por efecto de una generalizacion, ha sido aplicada no ya sólo al caso especial en que se usaba de la inscripcion del nombre como medio para crear una obligacion, sino á todos los demás casos en que se forma entre los individuos una relacion jurídica. Por último, tambien vemos que en algun caso excepcional se designa el crédito con la palabra *obligatio*. (Instit., libro III, tít. XXVIII.)

---

(1) Parécenos preferible, por más explícita y más comprensiva, la definicion de Mullenbrunch ya vulgarizada en nuestras cátedras, segun la cual es la obligacion: «*vinculum juris inter debitorem et creditorem quo vel ad dandum, vel faciendum, vel præstandum aliquid alter alteri adstringimur*.»—Véase cómo define la obligacion nuestro Rey Sábio en la ley 5ª, tit. XII, Partida 5ª: «*Ligamento fecho segun ley é segun natura el que la face finca obligado por ella, de guisa que magüer él non la quiera complir le puedan apremiar por ella.*» La comparacion entre el exclusivismo que revela en la definicion romana la frase *secundum nostra civitatis jura* y la amplitud de criterio que encierran las palabras *segun ley é segun natura* de la ley de Partida, demuestra que no subsistió en el derecho pátrio la distincion clásica de los romanos entre el *jus civile* y el *jus gentium*. (N. del T.)

Considerada bajo su aspecto pasivo, en cuanto á la persona que debe la prestacion, el vínculo jurídico se llama *obligatio*; en el derecho primitivo se llamaba *nexum* (de *nectere*, anudar ó ligar). Tambien vemos usada la palabra *debitum* como expresiva de lo que es debido, de la deuda. Alguna vez se usa la expresion *æs aliena*, que tanto vale como decir que uno tiene en su poder el dinero ó cosa de otro, y que en sentido más lato significa estar sujeto á una obligacion.

Objeto de la obligacion.—El objeto de la obligacion es en todo caso una *accion*. En definitiva, esta accion tiende á una cosa, de cuya prestacion se trata (*alicujus solvendæ rei*), y esta cosa puede ser de muy diversa naturaleza. Puede consistir, segun las propias expresiones del jurisconsulto Paulo, *ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (L. 3, *pr.*, D., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tít. VII). 1º La obligacion es *ad dandum* cuando uno viene obligado á trasferir la propiedad ó una desmembracion de la propiedad. Así, en el contrato de venta, el comprador debe *dar*, esto es, trasferir al vendedor la propiedad de las monedas que constituyen el precio; 2º La obligacion es *ad faciendum* cuando uno se ha comprometido á ejecutar un hecho ó á abstenerse de lo que podria hacer. En este concepto están obligados *ad faciendum* el mandatario y el *negotiorum gestor*; 3º La obligacion es *ad præstandum* cuando uno se ha comprometido á procurar ó asegurar la posesion ó el disfrute de una cosa. En la venta, por ejemplo, el vendedor debe *præstare rem*, sin que por esto se diga que viene obligado á trasferir la propiedad de la cosa.

De igual manera en el arrendamiento el arrendatario está obligado *ad præstandum*. Como advierte muy oportunamente Ortolan (*Explic. hist. des Instit.*, t. III, nº 1179, p. 130), la obligacion no produce para el acreedor ningun derecho directo sobre la cosa, ningun derecho real que le permita disponer de ella, ni en algun modo sacarle provecho, sino que origina tan sólo un derecho contra el deudor para compelerle á prestarla.

DIFERENTES ESPECIES DE OBLIGACIONES.

1° *Obligaciones civiles y obligaciones pretorias ú honorarias.* —Son obligaciones *civiles* aquellas que van acompañadas de una accion concedida por el derecho civil, esto es, por las leyes, los senado-consultos, el uso y la doctrina de los Prudentes. Las obligaciones *pretorias*, llamadas tambien *honorarias*, son aquellas que ha reconocido y sancionado el derecho pretorio, como es, por ejemplo, la obligacion que nace del pacto de constituto. (*Omnium obligationum summa divisio in dua genera deducitur: namque aut civiles sunt aut prætoriæ. Civiles sunt quæ aut legibus constitutæ aut certe jure civili comprobatæ sunt; prætoriæ sunt quas prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.* (Instit., § 1, lib. III, tít. XIII.)

2° *Obligaciones propiamente dichas y obligaciones naturales.* —La obligacion propiamente dicha comprende la obligacion civil y la pretoria, entrambas revestidas de accion. La obligacion natural produce determinados efectos, pero jamás produce accion en provecho del acreedor.

¿Cuál es la utilidad de la obligacion natural?—En primer lugar, cuando era ejecutado un deudor obligado sólo *jure naturale*, reputábase válido el pago aunque se hiciese por error; de modo que no habia términos hábiles para la *condictio indebiti* (L. 19, *pr.*, D., *De condict. indeb.*, lib. XII, tít. VI). Esta improcedencia de la *condictio indebiti* puede considerarse, al decir de Machelard, como la *piedra de toque* de la obligacion natural (1). En segundo lugar, y cuando el caso se ofrece, puede hacerse valer la obligacion natural por medio de las excepciones (*parit exceptionem*), como sucede cuando se opone por vía de compensacion. (L. 6, D., *De compensat.*, libro XVI, tít. II). Este será, sin duda, el efecto más importante de la obligacion natural, en cuanto el deudor se verá compelido á pagar contra su voluntad. (L. 5, § 2, D., *De solut.*, lib. XLVI, tít. III). En tercer lugar, la obligacion natu-

(1) *Tr. des obligations naturelles en dr. romain*, introd., p. 19.—Puede consultarse tambien acerca de los efectos de las obligaciones naturales, Maynz, *Cours de dr. romain*, t. II, § 378, p. 104.

ral puede servir de base á las diversas garantías accesorias que suelen acompañar á las obligaciones, tales como la hipoteca, la fidejusion (Instit., § 1, lib. III, tít. XX) y el constituto (L. 1, § 7, D., *De pec. const.*, lib. XIII, tít. V); puede, además, ser objeto de una novacion (L. 1, § 1, D., *De novat.*, lib. XLVI, tít. II). En cuarto lugar, cuando existe una obligacion natural el reconocimiento de la deuda se aprecia desde el punto de vista de los pactos que hubiesen mediado entre deudor y acreedor, con el objeto de evitar que se apliquen las reglas propias de las donaciones. (L. 19, § 4, D., *De donat.*, lib. XXXIX, tít. V.)

3° *Obligaciones principales y obligaciones accesorias.* — Es obligacion principal aquella que subsiste por sí misma. Es accesoria la que robustece y garantiza una obligacion principal. Si yo prometo entregar un buey, añadiendo una cláusula penal de diez escudos de oro, la promesa constituye una obligacion principal y la cláusula penal una obligacion accesoria.

4° *Obligaciones puras y simples y obligaciones con modalidad.* —Obligacion pura y simple es aquella cuyo cumplimiento puede exigirse desde que se ha contraido. Es obligacion sujeta á modalidades aquella cuyos efectos sufren algunas modificaciones por voluntad de las partes.

Las principales modalidades que pueden afectar á las obligaciones son el término, la condicion y la cláusula penal.

Del término.—El término es todo acontecimiento que ha de llegar forzosamente, y hasta cuya llegada está suspenso el ejercicio del derecho, ó á cuya llegada debe cesar dicho ejercicio. De suerte que el término afecta al ejercicio del derecho pero no al derecho en su existencia. El derecho existe en el punto mismo en que concurre la causa civil de obligar, pero la exigibilidad se difiere hasta una determinada época (1).

De la condicion.—La condicion es un acontecimiento futuro é incierto al cual por voluntad de las partes, se ha subordinado la formacion ó extincion de un vínculo jurídico.

Acontecimiento *futuro*... porque ni el acontecimiento pa-

(1) Tal es, por lo ménos, la opinion generalmente admitida en Francia. V. sin embargo, M. Goudsmit, *Cours des pandect.*, traducido del neerlandés por Wuylsteke, § 63, p. 166, nota 3.—V. *infra*, tít. XIX, p. 442.

sado ni el actual, áun incógnito por las partes, pueden servir de condicion.

Acontecimiento *incierto*... se añade, porque no puede confundirse lo incierto con lo futuro. Sin duda que todo acontecimiento *incierto* es por necesidad futuro, pero ya no es igualmente exacto lo contrario. Un suceso puede ser, aunque *futuro, cierto*, como lo es, por ejemplo, la muerte de una persona.

Así como no sucede con el término, la condicion afecta no sólo al ejercicio del derecho, sino al derecho en sí mismo.

Distintas especies de condiciones.—Se distinguen:

1° Condiciones *suspensivas* y *resolutorias*. La suspensiva subordina la propia existencia de la obligacion al cumplimiento de un suceso determinado; la resolutoria subordina á este cumplimiento la extincion, la ruptura de una obligacion contraida. En rigor todas las condiciones son necesariamente *suspensivas*, puesto que por ellas queda en suspenso, ya el nacimiento, ya la rescision de los efectos del acto realizado.

2° Condiciones *afirmativas* ó *negativas*, segun que los efectos de un acto se subordinen á la realizacion ó no realizacion de un acontecimiento.

3° Condiciones *potestativas*, *casuales* y *mixtas*. Condicion potestativa es aquella cuyo cumplimiento depende por completo de la voluntad de aquel que se halla condicionalmente llamado á adquirir un derecho (1); casual aquella que es en absoluto independiente de su voluntad, y finalmente, mixta la que en parte depende de su voluntad y en parte de circunstancias ajenas á la misma.

4° Condiciones *imposibles*, *ilícitas*, *contrarias á la ley y á las buenas costumbres* (2).

De la cláusula penal.—Existe cláusula penal en aquel contrato en que, con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligacion que forma su objeto, el deudor se compromete al pago de una determinada cantidad en caso de que no cumpliese la obligacion ó la cumpliese imperfectamente. Por ejem-

---

(1) Compar. C. civil fr., art. 1170.

(2) Véase más adelante, tit. XIX, p. 442.

plo: «Yo te prometo ir á Cartago, mas si no lo cumpliese, me obligo á pagarte mil escudos.»

La obligacion con cláusula penal es una especie de obligacion condicional, pero de naturaleza particular. La utilidad de semejante cláusula se demuestra bajo diversos conceptos: 1° Si el deudor no ha cumplido la obligacion al término estipulado, no es preciso que el acreeder le declare en mora, sino que incurre inmediatamente y de pleno derecho en la responsabilidad establecida por la cláusula penal. (L. 115, § 2, D., *De verbor. oblig.*, lib. XLV, tít. I.) 2° Cuantas veces la obligacion principal consista en hacer ó no hacer alguna cosa (obligacion que de no ser cumplida por el deudor se resuelve en una condena pecuniaria cuya cuantía determina el juez segun el perjuicio que haya sufrido el demandante), es oportuno añadir á la obligacion una cláusula penal que escuse al actor la necesidad de justificar ante la autoridad judicial el perjuicio que ha experimentado. Así el juez no ha de practicar estimacion alguna, sino que puede sin más exámen allanarse á la demanda, condenando, no en el *id quod interest*, sino en la cantidad líquida que forma objeto de la cláusula penal. (Instit., § 7, lib. III, tít. XV.)

Casos hay en los que todavia puede la cláusula penal ofrecer al acreedor un interés más apreciable; tal sucede cuando en virtud de dicha cláusula obtiene el acreedor una accion contra el deudor, siendo así que, sin mediar aquella, no habria dispuesto de ningun recurso para compelerle á llevar á cabo la obligacion. Así, pues, cuando es ineficaz la obligacion principal por no concurrir interés ninguno en el acreedor, puede ser juzgado este defecto por medio de la adjuncion de una cláusula penal. El acreedor que ha estipulado una pena tiene interés desde aquel momento en que se cumpla la obligacion, y este interés no es otro que la cuantía de la suma que forma objeto de la cláusula penal. Ejemplo: Vendo un esclavo mediante la condicion de que no sea maltratado; si el comprador le maltrata no podré yo dirigir accion contra él porque no tengo ningun interés de carácter jurídico; pero si tuve la prevision de estipular por una cláusula penal accesoria que si fuese maltratado se me pagarian cien sueldos de oro, tengo ya desde aquel momento un interés de antemano determinado y

podré dirigir mi accion contra el comprador del esclavo. De la propia manera yo no puedo estipular con Seyo que haya de dar tal ó cual cosa á Ticio, porque semejante acto seria nulo y no me daria accion (*si quis stipulatur Titio dari, nihil agit*), pero puede crearme un interés y por consiguiente proporcionarme accion con sólo añadir una cláusula penal, donde se consigne que Seyo me pagará cien sueldos de oro si no cumple lo estipulado (*nisi dederis tot aureus dare spondes*) (Instit., § 19, lib. III, tít. XIX). Así tambien, el que promete que otro hará tal ó cual cosa, no queda obligado, á ménos que se hubiese impuesto una pena (*Qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnan ipse promisserit.* Instit., § 21, *eod.*)

DE LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES.

Las obligaciones nacen unas veces de los contratos, otras de los delitos y otras, en fin, de múltiples y variadas causas (*obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*). (L. 1, D., *De obligat. et actio.*, lib. XLIV, tít. VII.) ¿Qué significacion tienen las palabras *proprio quodam jure ex variis causarum figuris*? Pues no significan sino que al lado de los contratos y de los delitos, ha colocado el derecho civil ciertos hechos que dan orígen á obligaciones, y que ofrecen caracteres análogos unas veces á los que distinguen al contrato, y otras veces á los que presenta el delito. Cuando el hecho generador de una obligacion asemejábase á un contrato, decíase que la obligacion nacia como de un contrato (*quasi ex contractu*); cuando afectaba los caracteres de un delito, decíase que la obligacion nacia como de un delito (*quasi ex delicto seu maleficio.*) (Instit., § 2, libro III, tít. XIII.)

¿Qué cosa es contrato?—El contrato es una convencion entre dos ó más personas, que recibe del derecho civil ó pretoriano el poder de producir una obligacion, el cual se halla sancionado por una accion.

¿Qué cosa es delito?—El delito es un hecho voluntario, ilícito, previsto y castigado por el derecho civil.

Division de la Instituta con relacion á la materia de

las obligaciones.—Los contratos abrazan los títulos XIV á XXVI inclusive y los XXVIII y XXIX. Los *cuasi contratos*, ó por mejor decir, las obligaciones que nacen *quasi ex contractu* constituyen materia especial del tít. XXVII. Los delitos son objeto de los cuatro primeros títulos del lib. IV. Y por último, los *quasi delitos*, ó mejor las obligaciones que nacen *quasi ex delicto*, son el tema del tít. V, del libro IV.

DE LOS CONTRATOS.

Bajo el punto de vista de la naturaleza del hecho jurídico que engendra la accion, divídense los contratos en reales (*re*), verbales (*verbis*), literales (*litteris*) y consensuales (*consensu*); division adoptada por Justiniano en el texto de la Instituta. (§ 2, *eod.*)

Si se clasifican los contratos atendiendo á la índole de las acciones que de los mismos se originan, llámanse unos *de buena fe*, y otros de *estricto derecho*. En los primeros, la extension de los deberes á que se halla sujeta cada una de las partes, se regula por la equidad y la buena fe (*ex æquo et bono*); en los segundos, el alcance de la obligacion queda invariablemente determinado por la letra misma del contrato. Son de buena fe todos los contratos consensuales sin excepcion, y los contratos reales, salvo el de mútuo ó préstamo de consumo. Son de derecho estricto (*stricti juris*) los contratos verbales y literales, y entre los reales el ya citado de *mútuo*.

TÍTULO XIV

De las obligaciones que se contraen por la entrega de una cosa.

Cuatro son los contratos que se verifican por la entrega de la cosa (*re*): 1° el *mútuo* (*mutuum*) ó préstamo de consumo; 2° el *comodato* ó préstamo de uso (*commodatum*); 3° el depósito (*depositum*); 4° la prenda (*pignus*.)

MÚTUO.

Definicion.—El *mútuo* es un contrato por el cual uno de los contrayentes trasfiere al otro en propiedad cosas consideradas *in genere* que el segundo se compromete á restituir al cabo de cierto tiempo en igual cantidad y calidad. De esta traslacion de la propiedad hicieron derivar los juriconsultos la etimología de la palabra *mutuum*: *unde etiam mutuum appellatum est, quia quod a me tibi datum est, ex meo tuum fiat.* (Gayo, C. III, § 90; Instit., *pr.*, lib. III, tít. XIV.)

De los dos contrayentes, uno se denomina mutuante (*tradens*) el otro mutuatario (*accipiens.*)

Nace del mútuo una accion de derecho estricto llamada *conditio certi ex mutuo*, que se concede al mutuante para reclamar del mutuatario el importe del préstamo. En este contrato predomina la idea que encierra el verbo *credere*; pues implica confianza en otra persona; y en efecto: nótese que el título del Digesto que trata del *mutuum* lleva por epígrafe el *De rebus creditis* (lib. XII, tít. I). Estas frases tienen, sin embargo, un significado más extenso que la palabra *mutuum*.

El *mutuum* comprende: 1° una enajenacion hecha por el mutuante y una obligacion contraida por el mutuatario; 2° una obligacion de restituir no las mismas cosas que fueron entregadas, sino cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad (*ejusdem naturæ et qualitatis.*)

I. *De la enajenacion.*

Condiciones de capacidad en el mutuante.—Puesto que el contrato de mútuo exige una enajenacion, es indispensable: 1° que el mutuante sea propietario de las cosas que presta (L. 2, § 4, D., *De reb. cred.*, lib. XII, tít. I). Ejemplo: Si ha robado Sempronio un talego de plata y luego lo presta á Seyo, no habrá mútuo porque no ha podido haber enajenacion, y por lo mismo Seyo no se hace propietario del dinero; 2° que el mutuante sea, en todo caso, capaz de enajenar. Ejemplo: si un pupilo sin autorizacion de su tutor presta una cantidad de

numerario, no será válidamente acreedor, pues el crédito nace de la enajenacion y el pupilo es incapaz de enajenar. De lo cual se deduce que el pupilo continúa siendo propietario del dinero que ha entregado, y en tal concepto podrá ejercitar la accion reinvindicatoria. (Gayo C. II, §§ 80, 82; Instit., § 2, lib. II, tít. VIII.)

DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION REIVINDICATIVA Y LA CONDICTIO CERTI EX MUTUO.

Bajo multiples aspectos se distinguen estas dos acciones.—*Primero*: Suponiendo que perezca la cosa prestada por el pupilo, perece justamente su derecho y se extingue la accion reivindicativa. Por el contrario, si el pupilo hubiese tenido la *condictio certi ex mutuo* pudiera, en caso de pérdida de la cosa, dirigir su accion contra el mutuatario y hacerse restituir lo prestado. *Segundo*: El derecho del pupilo recae directamente sobre la cosa entregada; si pues, el que la recibió de sus manos la enajena, el pupilo podrá reclamarla de cualquiera que la detente por medio de la accion reivindicativa. Por el contrario, mediante la *condictio certi ex mutuo* no podrá el pupilo perseguir la misma cosa que ha enajenado el mutuatario y si este fuese insolvente, perderá el pupilo todos sus derechos. *Tercero*: Si el mutuatario se declara en quiebra y se vé perseguido por los acreedores, podrá el pupilo recuperar lo prestado ejercitando la accion reivindicativa; mas por la *condictio certi ex mutuo* no alcanza el pupilo, en el caso propuesto, más que un dividendo y se vé forzado á sufrir la reduccion correspondiente. *Objecion*: Dícese que esta es una reivindicacion de carácter precario puesto que ya no hay términos hábiles para ella cuando el mutuatario ha hecho uso del dinero ó cosa prestada, de tal suerte que ya no pueda ser reconocida en su propia entidad. A esto se contesta que si bien no ha llegado á existir verdadero mútuo, el mutuatario no queda por esto ménos obligado desde el momento en que ha pasado la cosa, del patrimonio del pupilo al patrimonio del mutuatario, sin que haya mediado una justa causa de enriquecimiento. En semejante caso el mutuatario queda obligado *quasi ex contractu*.

No es ociosa esta distincion: si el mutuatario estuviese obligado en fuerza de un *mutuum* tendria en favor suyo un plazo para verificar la restitucion; y por el contrario, si está obligado *quasi ex contractu* puede ser compelido á verificarla inmediatamente. Cuando el mutuatario ha consumido las cosas con mala fé habrá lugar á la accion *ad exhibendum*.

CONDICIONES DE CAPACIDAD EN EL MUTUATARIO.

Es preciso que el mutuatario tenga: 1° la capacidad general para obligarse, de tal manera que si un pupilo recibe un préstamo *sine auctoritas tutoris* no queda obligado *ex mutui datione*; 2° la capacidad especial de obligarse por *mutuum*; pues en este punto, el senado-consulto Macedoniano, cuyo propósito fué el de poner coto á la usura y evitar los escandalosos abusos á que daban lugar los préstamos hechos á los hijos de familia, dispuso que todo el que prestase dinero á un hijo de familia sin mediar el consentimiento de su padre, careceria de accion contra este y contra el hijo, áun al llegar el segundo á la condicion de *sui juris*. (L. 2, *pr*., L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, lib. XII, tít. I) (1).

REQUISITOS DE FORMA.

El *mutuum* exige una condicion indispensable para la formacion de todo contrato, cual es, el consentimiento de las partes, el acuerdo entre la voluntad del mutuante y la del mutuatario. Así, por ejemplo, si yo he querido prestar á otro una cantidad de dinero, y este no ha entendido tomar prestado sino que ha creido que se lo donaba, es óbvio que habrá enajenacion porque yo he tenido la intencion de enajenar por un título cualquiera y el otro ha tenido voluntad de adquirir, pero no habrá por esto un *mutuum*. Podré accionar contra el que tiene la cantidad que de mí recibió, pero no será *ex contractu* ni *ex mutuo* sino *quasi ex contractu*. Cuantas veces una persona se

---

(1) Véanse más detalladas noticias sobre el senado-consulto Macedoniano, *infra*, lib. IV, tít. VII.

enriquezca en perjuicio de otra sin justa causa, queda obligada á restituir lo que hubiese adquirido. (L. 3, § 1, D., *De obl. et act.*, lib. XLIV, tít. VII.)

Otras condiciones de forma son precisas en el *mutuum* además del consentimiento de los contrayentes. La enajenacion, base y fundamento del *mutuum*, no tiene ya lugar por medio de la balanza y en presencia de testigos, sino que se verifica más sensiblemente por la tradicion. Trátase de ordinario de transferir la propiedad de cosas *nec mancipi* como es el dinero y para ello es bastante la simple tradicion. No se crea que tiene lugar esta únicamente cuando la cosa prestada pasa, sin otro mediador, de manos del mutuante á las del mutuatario, sino que tambien se verifica en los siguientes casos: *Primer supuesto.* Yo confio á otro una cantidad en metálico; hé aquí un depósito; más adelante le presto la misma cantidad, con lo cual se trueca el depósito en *mutuum.* En semejante caso hay una tradicion tan verdadera como si las monedas hubiesen pasado de mis manos á las del depositario; hay en realidad una dacion. (L. 9, § 9, *De reb. cred.*, lib. XII, tít. I.) *Segundo supuesto.* Ticio ha encomendado á Seyo la gestion de sus negocios en Roma, y el segundo, que ha verificado algunos cobros por cuenta del primero, le escribe: «He recibido *tal* cantidad y la tengo á tu disposicion.» Ticio responde: «La cantidad de *tanto* te la doy en préstamo.» ¿Quedará formado el *mutuum* en semejante hipótesis? No estaban de acuerdo en este punto los jurisconsultos romanos. Africano sostenia que no existiendo positiva tradicion no se habia podido formar el *mutuum.* (L. 34, *pr. Mand.*, lib. XVII, tít. I.) Ulpiano, por el contrario, admitia la existencia del mútuo, diciendo que si un mandatario escribe á su mandante participándole que tiene *tal* cantidad á su disposicion es lo mismo que si le hiciese adquirir esta cantidad por una tradicion efectiva. Si el mandante contesta al mandatario diciendo que le presta dicha cantidad, tiene lugar una segunda tradicion en cuya virtud el mandante se desprende de lo suyo en provecho del mandatario; aquí habrá, por consiguiente, un *mutuum.* (L. 15, D., *De reb. cred.*, lib. XII, tít. I.) *Tercer supuesto.* Yo quiero prestar á Ticio una cantidad pero no la tengo en mi poder sino en el de mi deudor Seyo,

por lo que ruego á este que pague á Ticio la cantidad que me adeuda. El dinero no ha pasado, en realidad, por mis manos, sino que se transfiere directamente del patrimonio de mi deudor al de Ticio; ¿habrá en este caso una verdadera *datio*, un verdadero *mutuum*? Así ha debido reconocerse, de conformidad con los principios sobre la posesion; pues, en efecto, el deudor tiene la intencion de cancelar su deuda, y esto sólo puede verificarlo haciéndome propietario; y cuando él entrega el dinero á Ticio por mandato mio es con el propósito de transmitirme la propiedad. Por otro lado, el mutuatario tiene tambien la intencion de que yo adquiera la propiedad del dinero para que inmediatamente pueda yo transferírsela á él, de suerte que al recibir en mi lugar la cantidad me hace poseedor y propietario de ella. Así, pues, y en resúmen, aunque el dinero, de hecho, ha pasado directamente del patrimonio de mi deudor al del mutuatario, se reputa que yo lo he recibido en primer lugar de mi deudor y que más tarde lo he transmitido al mutuatario. (L. 15, D., *eod.*) *Cuarto supuesto*. Yo tengo un deudor por determinada cantidad, y le digo: «Si no puedes pagarme, guarda el dinero; desde ahora me lo deberás á título de *mutuum*;» ¿hay aquí novacion en cuya virtud el depósito se trueca en mútuo? Son muchos los intérpretes que modernamente han opinado en sentido afirmativo; Gide (1) rechaza, sin embargo, esta solucion porque segun este respetable profesor el contrato se ha constituido, en la hipótesis propuesta, por el mero consentimiento de las partes sin que haya existido una *res* y para que se forme el *mutuum* es preciso que concurra la *cosa*, es decir, una tradicion que lleve consigo una enajenacion. *Quinto supuesto*. Remito á Ticio algunas alhajas para que las venda y conserve á título de préstamo el precio que por ellas obtenga. ¿Será esto verdadero mútuo? La razon de la duda está en que el mutuante no ha llegado jamás á ser dueño del dinero que obtuvo por las alhajas el vendedor mutuatario. Por esto no admite Africano que hubiese *mútuo* en el expresado caso (L. 34, D., *Mandat*, lib. XVII, tít. I); pero Ulpiano, queriendo atenuar el rigorismo de los principios, resuelve que

(1) En sus lecciones.—Comp. M. Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, p. 87, nota 1.

el vendedor mutuatario quedará obligado para con el mutuante *ex mutui dationi*. (L. 11, *pr.*, D., *De reb. cred.*, lib. XII, título I.)

II. *De la obligacion de restituir cosas de la misma naturaleza y valor que las recibidas.*

En el *mutuum* se contienen una enajenacion y un préstamo. A primera vista parece que hay contradiccion entre las dos ideas de enajenacion y préstamo. Y en verdad, ¿qué significa enajenar sino conferir á otra persona un derecho definitivo y absoluto sobre una cosa? ¿Qué significa prestar sino trasferir á otro un derecho temporal, con obligacion de conservarlo para restituirlo? Por esto en el *mutuum* aparecen bien distintas entre sí la enajenacion y la obligacion, y se diferencian perfectamente por su objeto. Cuando hago un préstamo no hay duda que enajeno, por ejemplo, *cierta cantidad* de moneda, cuya libre disposicion tendrá el que de mí la recibe. Lo que yo he prestado, ¿no es un valor, una cantidad? Luego se comprende que para que nazca la obligacion de restituir, es preciso que se trate de cosas no estimadas por su individualidad sino por su valor. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XIV). Si el mutuatario devolviese la misma cosa recibida, habria un *comodato*; pero no un *mútuo*. (L. 2, *pr.*, D., *De reb. cred.*, lib. XII, tít. I). Si devolviese una cosa distinta, no seria tampoco mútuo; seria, segun nuestro derecho, una *permuta*; segun el derecho romano, un *contrato innominado*.

Pueden ser materia del contrato de mútuo las cosas *fungibles*, y son tales aquellas que pueden sustituirse unas por otras. Bajo distinto punto de vista consideradas, se ha dicho de las cosas fungibles que eran *las que se consumen por el primer uso*. De la voluntad de las partes depende que las cosas tengan ó no consideracion de fungibles; importa, pues, atender no precisamente á la *naturaleza de la cosa prestada*, sino á la del uso á que las partes la destinan. Por esto las cosas que se juzgan más propias de un *mútuo* y que más parecen repugnar al *comodato*, pueden ser objeto de este último y recíprocamente. Por ejemplo: las piezas monetarias tienen de ordinario

el carácter de cosas fungibles; pero si yo pido prestadas algunas de ellas *para emplearlas como fichas en una partida de juego ó para completar una coleccion de monedas*, en tales casos y otros análogos, no habrá *mutuum* sino *comodato,* y por lo tanto, yo quedaria obligado á restituir *in specie* las mismas monedas recibidas. Por el contrario, pueden ser fungibles algunas cosas que no se consumen *primo uso*. Un librero remite á otro un ejemplar de una obra mediante condicion de que le restituya otro semejante; aquí hay evidentemente un *mutuum*. El ejemplar de que hablamos en el anterior ejemplo, es fungible por la intencion de las partes.

Diferencias entre el «mutuum» y el cuasi-usufructo.—El *mutuum* se distingue del *cuasi-usufructo* bajo tres distintos conceptos: 1° el derecho del *mutuatario* se trasmite á sus herederos; el derecho del *cuasi-usufructuario* se extingue con su muerte, áun cuando ésta ocurriese antes del tiempo fijado para la restitucion, porque este plazo se ha estipulado no para extinguir, sino para restringir la duracion del usufructo; 2° el *mutuum* es siempre un contrato; el *cuasi-usufructo*, por el contrario, proviene generalmente de un legado; 3° en el *mútuo* puede muy bien suceder que, salvo pacto especial en otro sentido, el mutuatario no esté obligado á prestar al mutuante garantía de ninguna especie; al paso que en el *cuasi-usufructo* el deber de prestar una satisdacion es de la naturaleza misma de la institucion.

Excepciones al principio general de que el mutuatario no viene obligado á restituir más de lo que recibió.—Sentada la premisa de que la enajenacion hecha por el mutuante es causa y medida de la obligacion que el mutuatario contrae, dedúcese que no puede aquel estipular que si, por ejemplo, ha prestado ciento, le devolverá el segundo ciento cincuenta. El mutuatario no puede ser obligado, en virtud del *mutuum*, á restituir más de lo que hubiese recibido. (L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, lib, XII, tít. I.)

No deja de sufrir este principio algunas excepciones.

La primera relativa al préstamo de dinero hecho con destino á una operacion de comercio marítimo, pues en este caso puede añadirse al contrato un pacto por sólo el cual tenga

derecho el mutuante á percibir intereses de la cantidad prestada. Llamábase á estos intereses *nauticum fœnus*. (L. 1, D., *De nautic. fœn.*, lib. XXII, tít. II). En nuestro derecho dáse á esta operacion el nombre de *préstamo á la gruesa aventura* (1).

La segunda excepcion tiene lugar en todos aquellos casos en que el objeto del préstamo son géneros, pues entonces el mutuatario puede quedar obligado á restituir mayor cantidad de la que se le entregó. (L. 12, C., *De usur.*, lib. IV, título XXXII) (2).

La tercera excepcion hace referencia á los *argentarii* (3) que podian exigir de aquellos á quienes habian prestado cantidades, intereses devengados en virtud de simple pacto entre las partes, sin que hubiése mediado estipulacion. Esta medida, que se debe á Justiniano, tuvo por objeto favorecer las transaciones mercantiles. (Novela CXXXVI, cap. IV). El mismo privilegio gozaban los préstamos hechos por el fisco ó las ciudades. (LL. 30 y 43, D., *De usur.*, lib. XXIII, tít. II.)

COMODATO, DEPÓSITO Y PRENDA.

Definicion.—El *comodato* ó préstamo de uso, es un contrato por el cual una de las partes presta *gratuitamente* á la otra una cosa considerada como cuerpo cierto (*in specie*), que la segunda se obliga á restituir en su misma individualidad des-

---

(1) En el derecho español se conoce con los nombres de *contrato á la gruesa aventura*, *préstamo á la gruesa* ó *préstamo á riesgo marítimo*. Es una de las más antiguas instituciones del derecho mercantil marítimo, pues que los romanos la tomaron de las leyes Rodias; en España la vemos citada por vez primera en el Breviario de Aniano con el nombre de *pecunia trajecticia*, lib. II, tít. XIV. (N. del T.)

(2) En el derecho mercantil español vemos introducida por primera vez esta disposicion en las leyes 8ª y 9ª, tit. V, lib. V del Fuero Juzgo, por los cuales se permitia en los préstamos el interés de un sueldo por ocho, esto es, un 12 1/2 por 100 y se toleraba que fuese mayor en los préstamos de comestibles, pues el que tomaba prestado dos medios debia devolver tres al año. (N. del T.)

(3) Los *argentarii*, tambien conocidos en Roma con el nombre de *argentariæ mensæ exertitores*, fueron los precursores de los agentes que hoy llamamos banqueros; ellos daban y tomaban prestado y verificaban, además, cobros y pagos por cuenta de los particulares á quienes abrian una especie de cuenta corriente en un libro que se llamó *Kalendarium*; y si bien no tuvieron más objeto en los primeros tiempos que atender con sus operaciones á las necesidades domésticas de los ciudadanos y á las de la agricultura, más adelante les vemos convertidos en poderoso auxiliar de las transacciones mercantiles. (L. 4, D., *De œdendo*, Nov. 136.) (N. del T.)

pues de haberla usado todo el tiempo convenido. (Instit., § 2, lib. III, tít. XIV.)

El *depósito* es un contrato por el cual una de las partes contrayentes entrega á la otra una cosa considerada como cuerpo cierto (*in specie*), que la segunda se compromete á guardar *gratuitamente* y árestituirla cuando le sea reclamada. (Instit., § 3, *eod.*)

La *prenda* es un contrato en cuya virtud un deudor ó un tercero por él entrega al deudor, en garantía de la deuda, un objeto que el último se compromete á restituirle cuando tenga lugar el pago. (Instit., § 4, *eod.*)

REGLAS COMUNES AL COMODATO, AL DEPÓSITO Y A LA PRENDA.

Regla primera.—Estos tres contratos pertenecen á la clase de los *reales*, puesto que se forman *re*, como el mútuo. Pero se distinguen de este contrato en que, la entrega de la cosa no trasfiere la propiedad al *accipiens*, ni áun la posesion civil; solamente le proporciona una simple detentacion de la cosa, de lo cual se desprende la consecuencia de que para la formacion de semejantes contratos no es indispensable, como en el de mútuo, que el *tradens* sea propietario de la cosa.

Regla segunda.— Estos tres contratos tienen por objeto una cosa considerada en su individualidad (*in specie*). En el mútuo, por el contrario, se trata de una cosa considerada en su género (*in genere*). De aquí nacen las siguientes consecuencias: 1° en caso de haberse celebrado un mútuo, el mutuatario puede restituir una cosa en lugar de otra, miéntras que si celebró un comodato, un depósito ó una prenda, el *accipiens* quedará obligado á restituir la misma cosa que recibió; 2° en el mútuo, si la cosa prestada perece por caso fortuito, el mutuatario no queda libre de responsabilidad porque la obligacion que contrajo no tiene por objeto la misma cosa que ha perecido, sino un género que no puede perecer; en el comodato, en el depósito y en la prenda, si la cosa perece por caso fortuito, queda extinguida la obligacion del *accipens* porque ya no hay objeto del contrato.

Regla tercera.—El comodato, el depósito y la prenda son

contratos sinalagmáticos imperfectos que dan orígen á dos acciones: una en provecho del *tradens* para obligar al *accipiens* á restituir la cosa, y se llama *directa* (*actio commodati, depositi, pigneratitia directa*) porque deriva directa é inmediatamente del contrato, del cual constituye una condicion esencial, debiendo restituirse necesariamente al *tradens* la cosa recibida. La segunda se dá en provecho del *accipiens* para obligar al *tradens* á indemnizarle de las impensas hechas para conservar la cosa que le entregó. Esta accion se llama *contraria* (*actio commodati, depositi, pigneratitia contraria*); y nace con ocasion del contrato, pero por un hecho posterior que puede existir ó no existir. El *mutuum* es contrato unilateral.

Regla cuarta..—El comodato, el depósito y la prenda son contratos de buena fé. Por el contrario, el mútuo es contrato de derecho estricto (*stricti juris*) (Instit., § 28, lib. IV, título VI.)

REGLAS ESPECIALES DEL COMODATO.

En el comodato el que presta se llama *comodante* y el que recibe prestado *comodatario.*

Caractéres del comodato.—No transfiere al comodatario la propiedad, ni siquiera la posesion civil (*animo domini*) de la cosa prestada; si ejerce la posesion es por cuenta del comodante que solamente le ha dado la facultad de detentar la cosa y de usarla. (L. 8, D., *Commod.*, lib. XIII, tít. VI). El comodato es por su esencia gratuito, de suerte que dejaria de ser tal comodato desde que mediase un estipendio, una ventaja por ambas partes (Instit., § 2, lib. III, tít XIV), pues entónces se convertiria en *arrendamiento* ó en un *contrato innominado.*

Objeto del comodato.—Por regla general tiene lugar el comodato con la intencion de favorecer al comodatario; puede, sin embargo, acontecer que se haga por el exclusivo interés del comodante, ó en interés comun de ambos contrayentes (L. 5, § 10, D., *eod.*)

Cosas que pueden ser objeto del comodato.—Todas las cosas que tenemos en nuestro comercio, pueden ser objeto de un préstamo de uso; tanto los muebles como los inmuebles (L. 1, § 1, D., *eod.*), tanto las que se pesan, cuentan ó miden,

de ordinario destinadas al consumo (*primo usu consumuntur*), como las que se aprecian por su individualidad (L. 3, § 6; L. 4, D., *Commodat.*, lib. XIII, tít. VI.)

Derechos del comodatario y obligaciones correlativas del comodante.—1° El comodatario está facultado para destinar la cosa prestada al uso natural y ordinario que de la misma es propio; bien que las más veces el comodante suele determinar de antemano el empleo que á la cosa prestada debe darse y el tiempo que ha de durar el préstamo, en cuyo caso quedan restringidos en los límites de la convencion los derechos del comodatario. 2° Compétele al comodatario el derecho de repetir las impensas que hubiese hecho, si fueron necesarias para la conservacion de la cosa; y á tal fin se le concede la accion *commodati contraria*. En cuanto á los gastos que le hubiese ocasionado el goce de la cosa, como los de alimentacion de un caballo que se le prestase, no puede repetirlos, porque el comodante no se ha obligado á *hacerle* usar sino á *dejarle usar* de la cosa prestada. Debe, pues, sufragar dichas impensas, puesto que para él ha sido el provecho. 3° El comodatario podrá exigir indemnizacion de los perjuicios que dolosamente le haya causado el comodante (L. 18, § 2 y 3, D., *eod.*)

Obligaciones del comodatario y derechos correlativos del comodante.—1° El comodatario viene obligado á restituir la cosa que le fué prestada, y esta obligacion trae consigo la de conservar la cosa y de cuidarla diligentemente. Será, pues, responsable del dolo y de cualquiera falta de aquellas que no hubiera cometido un *diligente* padre de familia (Instit., § 2, lib. III, tít. XIV.) 2° No teniendo el comodatario más derechos que los provenientes de la benevolencia del comodante, sólo podrá dar á la cosa el empleo determinado por la convencion celebrada con aquel, y esto solamente por el tiempo que se hubiese pactado. Si, pues, el comodatario traspasa intencionalmente los límites del uso convenido, comete un verdadero *hurto* y cabrá exigirle responsabilidad por la accion *furti* (Instit., § 6, lib. IV, tít. I.) Si no hubo dañada intencion, comete un *abuso* y será responsable por los menoscabos que la cosa hubiere podido experimentar. (Instit., § 2, *in fine*, libro III, tít. XIV.)

REGLAS ESPECIALES DEL DEPÓSITO.

Llámase *deponente* (*deponens*) al que dá una cosa en depósito y *depositario* (*depositarius*) al que la recibe.

Caractéres del depósito.—No se transfiere por él ni la propiedad ni la posesion de la cosa depositada; el depositario no es más que un detentador de la cosa que otro posee. (L. 17, § 1, D., *Deposit.*, lib. XVI, tít. III.) De la propia suerte que el comodato, es el depósito *esencialmente gratuito* (L. 1, §§ 8, 10, D., *eod.*); desde aquel punto en que se hiciese intervenir una retribucion, un provecho cualquiera dejaria de ser depósito para convertirse en *arrendamiento de industria* ó en *contrato innominado* (1).

Objeto del depósito.—No es otro que la custodia de una cosa; con este solo intento es que se coloca en poder del depositario.

Cosas que pueden ser materia de un depósito.—El depósito cabe tan sólo respecto de las cosas *muebles;* las *inmuebles* no pueden ser jamás depositadas. Así, pues, cuando yo encargo á una persona el cuidado de una finca, por ejemplo, la ventilacion, limpieza y reparaciones de una casa no formo un contrato de depósito, sino de *mandato*.

Diferencias entre el comodato y el depósito.—*Primera:* el comodato cabe sobre todas las cosas que se hallan en el comercio, sean muebles ó inmuebles; el depósito sólo puede tener lugar respecto á las muebles. *Segunda:* el comodato se contrae por el solo interés del comodatario; el depósito tiene lugar por conveniencias del deponente; el comodatario recibe un servicio, miéntras que el depositario lo presta. De cuyo principio se derivan algunas consecuencias: 1ª, que recibiendo el depositario la cosa para guardarla, no debe, por modo alguno, servirse de ella. Si lo hace, cometerá un hurto (*furtum*) y podrá perseguírsele por la accion *furti* (Instit., § 6, lib. IV, tít. I); 2ª, que si se ha estipulado un plazo para la restitucion del depósito, el depositario no puede deshacerse de la cosa,

(1) Véase acerca los contratos innominados, *infra*, tít. XXVI,

obligando al deponente á que la reciba cuando no ha llegado todavía la época fijada, pero el deponente podrá exigir por su parte la restitucion en cualquier tiempo que así le plazca, pues que si se convino un plazo fué sólo por su propia conveniencia (L. 1, §§ 45 y 46, D., *eod.*); 3ª, que el depositario es responsable solamente por el dolo ó por la culpa lata que se equipara al dolo, pero no por la culpa leve ó lo que tanto vale por su incuria y negligencia (*culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentiæ non tenetur*). No será, pues, responsable cuando en la conservacion de la cosa depositada ponga el mismo celo que en el cuidado de sus cosas propias; si para éstas es negligente, si es inhábil para la gestion de sus mismos negocios, no tendrá el deponente accion contra él, porque quien confía la custodia de sus cosas á un amigo negligente, sólo á sí mismo debe culparse por las consecuencias que le acarrea una imprudente confianza. (Instit., § 3, lib. III, tít. XIV). Si no sucede lo propio en el mandato es porque el comodatario recibe un servicio; 4ª, que si el depositario ha sufragado gastos para la conservacion de la cosa, puede reclamarlos todos sin distincion entre los que sean ó los que no sean inherentes al natural disfrute de la cosa. No sucede otro tanto al comodatario, quien, segun hemos dicho, no puede repetir las impensas que le haya ocasionado el goce de la cosa; pero es porque las demás impensas quedan compensadas por el uso que hace de aquella. (L. 5, *pr.*, D., *eod.*)

DE ALGUNAS ESPECIES PARTICULARES DE DEPÓSITO.

Depósito necesario ó miserable.—Llámase depósito *necesario ó miserable* aquel que tiene lugar en fuerza de circunstancias imperiosas, tales como un incendio, un tumulto, un naufragio; circunstancias que ni consienten al deponente la libertad de accion para dejar de hacer el depósito, ni le dejan el tiempo preciso para escoger la persona del depositario (*ex necessitate descendentur, non ex voluntate proficiscentem*). El depositario queda obligado á la restitucion de semejante depósito más estrictamente que en circunstancias normales; de manera que si comete falsedad negando la existencia del de-

pósito, incurrirá en una condena por el *duplo* (*in duplum*). (Instit., §§ 17, 26, lib. IV, tít. VI.)

Depósito irregular.—Los jurisconsultos modernos han llamado *irregular* al depósito que no tiene por objeto una cosa considerada como cuerpo cierto (*in specie*), sino una cosa de un género indeterminado (*in genere*), de cierto valor. Por ejemplo: yo deposito una cantidad de dinero en poder de una persona, estipulando que tendrá la facultad de darme, al tiempo de la restitucion, no las mismas monedas, sino una cantidad de idéntico valor. Hé aquí un depósito irregular, porque á ser ordinario, dicha persona deberia restituirme las mismas piezas monetarias por mí entregadas. (L. 24, L. 25, § 1; L. 26, § 1, D., *Deposit.*, lib. XVI, tít. III; L. 31, D., *Locat.*, lib. XIX, título II.)

Diferencias entre el depósito irregular y el «mutuum».—Si bien existe notable analogía entre el depósito irregular y el mútuo, se distinguen, sin embargo: 1° Por la intencion de las partes; en el depósito irregular domina la intencion de que la cantidad debe tenerse á disposicion del deponente, al paso que en el mútuo el objeto primordial es el de procurar al mutuatario el goce del dinero, el empleo de la cantidad. 2° Por la *naturaleza misma* de ambos contratos; el depósito irregular es *contrato de buena fé*, el mútuo es contrato de *estricto derecho*. De esta distincion derivan numerosas consecuencias, y una de las principales en este contrato es la de que pueden prometerse intereses por simple pacto, miéntras que en el mútuo era preciso para ello acudir á la estipulacion.

Depósito de una cosa litigiosa ó secuestro.—El secuestro es la entrega que hacen dos ó más personas de una cosa litigiosa en manos de un tercero á quien se confía la guarda y custodia hasta que termine la contienda, para que entónces la restituya á la parte que resulte victoriosa en el litigio.

Diferencias entre el depósito ordinario y el secuestro.—1° El depósito ordinario sólo puede tener por objeto cosas muebles; el secuestro cabe indistintamente sobre las muebles y sobre las inmuebles. 2° En el depósito ordinario el guardador no tiene la posesion civil de la cosa puesta en su guarda, miéntras que la tiene cuando se puso en secuestro. (L. 17, § 1,

D., *Depositi*, lib. XVI, tít. III). 3º El depósito ordinario puede constituirlo una sola persona, miéntras que el secuestro exige necesariamente la intervencion de dos ó más personas cuyos intereses se hallen discordes. (L. 17, *pr.*, D., *eod.*) 4º Cuando el depósito ordinario fuese constituido por varias personas, el depositario sólo extingue su obligacion cuando ha devuelto la cosa á todos los deponentes, lo cual no tiene lugar en caso de secuestro, pues la restitucion hecha á la parte que ganó el pleito deja plenamente libre al depositario. (L. 17, *pr.*, D., *eod.*)

REGLAS ESPECIALES DE LA PRENDA.

Distintos sentidos de la palabra prenda.—Con esta palabra se quiere dar á entender: 1º, el contrato de prenda; 2º, el derecho *in re* que el acreedor adquiere por consecuencia del contrato cuando la cosa está *in bonis* del que la da en prenda; 3º, el objeto mismo sobre el que adquiere el acreedor el *jus in re*.

Naturaleza del contrato de prenda.—Es un contrato accesorio que supone una obligacion principal cuyo cumplimiento garantiza. Poco importa que la obligacion haya sido civilmente sancionada, pues que tambien la obligacion natural puede servir de base á un derecho de *pignus* (L. 5, *pr.*, *De pignoribus*, lib. XX, tít. I); no es necesario tampoco que la obligacion sea de presente; puede ser futura y áun condicional. Por último, puede constituirse la prenda no sólo en virtud de una obligacion propia, sino tambien por obligacion ajena (*sine pro sua obligatione, sine pro aliena*. (L. 5, § 2, D., *eod.*) (1).

Nociones históricas acerca del contrato de prenda.—Constituíase la prenda en los primitivos tiempos por la *mancipatio* ó la *cessio in jure* por las que el acreedor se hacia propietario de la cosa, pero añadiendo al acto solemne la cláusula ó pacto de *fiducia* con el objeto de obligar al acreedor á remancipar ó restituir la cosa al deudor despues del pago. (Gayo,

(1) Consúltese Pellat., *Traduct. de Schilling*, p. 10; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 326, *in fine* texto y nota 9.

C. II, § 60; Paulo, *Sent.*, lib. II, tít. XIII.) Por este medio el acreedor tenia toda la garantía posible; pero el deudor que habia dejado de ser propietario de la prenda, sólo se veia excasamente protegido por la accion personal contra la mala fé ó la insolvencia del acreedor.

Para poner remedio á estos inconvenientes se introdujo el contrato de *pignus*. El deudor entrega un objeto al acreedor, pero sin transferirle la propiedad. Al verificarse la tradicion tiene lugar entre las partes un contrato del que nace para el deudor una accion personal encaminada á obtener la restitucion de lo que ha entregado (*contratus pigneratitius*). Los intereses del deudor quedan ya garantidos, pues continúa siendo propietario de la cosa dada en prenda, y retiene, por consiguiente, la facultad reivindicativa, y además, aunque haya transferido la posesion, el acreedor conserva, sin embargo, sus ventajas en cuanto á la usucapion. Los intereses del acreedor quedan tambien á cubierto porque al transmitirle la posesion de la cosa es evidente qne el deudor se coloca en la imposibilidad física de disponer de ella, y como por otra parte, y en virtud del contrato de *pignus*, tiene facultad de vender la prenda si al tiempo del vencimiento no logra percibir su crédito, bien puede tener la seguridad de no sufrir la menor pérdida si la prenda equivale al importe de lo que se le debia. A mayor abundamiento el acreedor, en su calidad de poseedor, se halla protegido por los *interdictos posesorios*, que tienden á procurar que la cosa se mantenga en su poder. El *pignus* ofrecia un doble inconveniente; primero, en cuanto impedia que el deudor poseyese la cosa propia hasta el pago de la deuda, y segundo, en cuanto perjudicaba al crédito, ya que, efectivamente, si el deudor transferia á título de *pignus* un objeto cuyo valor excediese del importe de la deuda, quedaba incapacitado de hacer uso del mayor crédito que hubiera podido procurarle aquel objeto y hacía imposible otro nuevo contrato de *pignus*. Para obviar semejantes dificultades se introdujo en el derecho pretorio el pacto de *hipoteca* (1).

---

(1) Acerca de estas nociones históricas, véase Machelard, *Texte de dr. rom.*, 2ª parte, *sobre la Hipot.*, p. 106 y sig.; Pellat, *loc. cit.* Por lo que hace á la hipoteca, véase *infra*, lib. IV, tit. VI.

Constitucion de la prenda.—La prenda es *voluntaria* ó *necesaria*; la primera se funda en una convencion (*pignus conventionale*) ó en una disposicion de última voluntad (*pignus testamentarium*); la segunda nace, ora de un mandato del magistrado, ora de una disposicion legal (*tacitum pignus*). La prenda jamás puede constituirse por prescripcion (1).

Cosas que pueden ser dadas en prenda.—Tanto las cosas inmuebles (*res soli*) como las cosas muebles pueden ser materia de un contrato de prenda, pero con todo, esta palabra se aplica más especialmente á las cosas muebles. (L, 238, § 2, D., *De verb. significat.*, lib. L, tít. XVI), designándose de ordinario con la de *hipoteca* el contrato de prenda sobre los inmuebles (L. 9, § 2, D., *De pignorat. act.*, lib. XIII, tít, VII.

No siendo susceptibles de tradicion las cosas *incorpóreas* no pueden tampoco, rigorosamente hablando, ser objeto de un contrato de *pignus*; mas si se atiende á que el fin práctico de semejante derecho no es otro que dar al acreedor garantía eficaz mediante la venta de la cosa pignorada, se concibe que se haya igualmente aplicado á las cosas incorporales susceptibles de ser enajenadas por un precio en dinero (2). De esta suerte podemos citar, como ejemplo de cosas incorpóreas que pueden ser objeto de prenda, los créditos (*nomma*), las servidumbres, así reales como personales (L. 11, § 3, L. 12, D., *De pignorib.*, lib. XX, tít. I); los oficios (*militiæ*) es decir, ciertos empleos públicos con tratamiento y sueldos que son enajenables y transmisibles por derecho hereditario, los derechos de enfitéusis, los de superficie y el mismo derecho de prenda. Concluimos, pues, que el derecho de *pignus* puede recaer y establecerse poco ménos que sobre todas las cosas halladas en nuestro comercio y que son susceptibles de enajenacion.

¿Entre qué personas puede mediar el contrato de prenda?—Este contrato se celebra por regla general entre deudor y acreedor, mas nada obsta para que otra persona cualquiera pueda, en interés del deudor, entregar al acreedor una cosa en prenda (3).

---

(1) *Sic*, Maynz, *ob. cit.*, § 327, p. 305, texto y nota 7; Machelard, *ob. cit.*, p. 112.
(2) Consúltese Maynz, t. II, § 326, p. 300, nota 1.
(3) La prenda debia, en principio, ser consentida por el propietario. Sin embar-

Derechos del acreedor pignoraticio. — El primero y principal es la facultad de vender la prenda para con su precio hacerse pago de su crédito, en el caso de no serle completamente satisfecho al término fijado.

Al principio era necesaria una convencion expresa para que el acreedor pudiese vender la prenda, pues de otro modo sólo hubiera tenido el derecho de retencion (Gayo, C. II, § 64); más adelante ya se tuvo por sobreentendida esta facultad (L. 4, D., *De pig. act.*, lib. XIII, tít. VII), de la que ni por la misma convencion podia despojarse al acreedor. Este puede á su vez dar en prenda la cosa que él mismo ha recibido por igual concepto (*sub pignus.*) Y últimamente, por medio de los interdictos posesorios, puede hacerse restituir la cosa por todo aquel que la detente.

Obligaciones del acreedor pignoraticio.—La más importante que pesa sobre un acreedor de esta clase, es la de restituir la prenda en cuanto le sea completamente satisfecho su crédito (Instit., § 4, lib. III, tít. XIV); y esta obligacion de restituir envuelve la de velar por la conservacion de la cosa. El acreedor pignoraticio tiene idéntica responsabilidad que un comodatario: «*venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in comodato; venit et custodia; vis major non venit.*» (L, 13, § 1, D., *De pigneraticia actione vel contra*, lib. XIII, tít. XIII). Es responsable no solamente del dolo y de la culpa lata que se asimila al dolo, sino de todas las faltas que hubiera podido evitar un buen padre de familia (*placuit sufficere exactam diligentiam*). Si á pesar de su diligencia pierde la cosa por efecto de un caso fortuito, queda exento de toda responsabilidad. La cosa pignorada permanece afecta á los riesgos que el deudor experimenta y por esto nada se opone á que el acreedor persiga el pago de su crédito. (Instit., *ibid.*) (1)

---

go, podia suceder que viniese á estar válidamente pignorada la cosa ajena por el consentimiento ó la ratificacion del *dominus*. (L. 16, § 1, D., *De pignor.*, lib. XX, título I.)—Tambien podia pignorarse una cosa ajena para el caso de venir á tenerla en propiedad. Véanse acerca de todos estos puntos, Labbé, *De la ratification des actes d'un gerant d'aff.*, p. 23; Pellat, *ob. cit.*, p. 40; Machelard, *ob. cit.*, p. 113 y sig.; de Folleville, *Essai sur la vente de la chose d'autrui*, p. 136, nota 1.

(1) El acreedor, obligado con los deberes de un buen padre de familia, debe percibir los frutos de la cosa pignorada y computarlos en pago del crédito, primero

Esiste una excepcion al principio general de que el acreedor pignoraticio está obligado á restituir la prenda despues del pago íntegro de la deuda, por la cual se habia constituido. Un rescripto del Emperador Gordiano (L. 1, C., *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, lib. VIII, tít. XXVII), concedió al acreedor el derecho de retener la cosa pignorada áun despues de la extincion del crédito garantido, si por otro lado es acreedor de otra cantidad actualmente exigible, á la cual, sin embargo, no está afecta la prenda. Esta disposicion ha trascendido á nuestro derecho moderno (1).

Cuando el acreedor pignoraticio ha procedido á la venta de la cosa por no haberle sido satisfecho el crédito á su vencimiento, ha de imputar el precio á la extincion de la deuda y entregar al deudor el sobrante que tal vez resulte despues de cubierto el crédito. (L. 42, D., *De pignerat. act.*, lib. XIII, título VII). Las varias obligaciones del acreedor pignoraticio dan lugar á la accion *pigneratitia directa* en provecho del deudor.

Derechos del deudor que constituye la prenda.—El deudor que dá una prenda permanece, sin embargo, propietario de ella, y en tal concepto puede venderla, gravarla con cualquier servidumbre mientras con ello no perjudique al acreedor, disponer *mortis causa*, reivindicar la cosa, áun contra el acreedor que, despues de haber cobrado íntegramente su crédito, continuase reteniendo en su poder la prenda, y por

---

sobre los intereses, despues, sobre el capital. Iguales reglas se aplican á los servicios de un esclavo dado en prenda. El acreedor que usa en provecho suyo la cosa que se le ha entregado en prenda comete un *furtum usus*.

(1) Cód. civil, art. 2082. Si el mismo deudor tiene con el mismo acreedor otra deuda contraida posteriormente á la entrega de la prenda, y exigible antes del pago de la primera deuda, no podrá obligarse al acreedor á desprenderse de la cosa antes de verse pagado uno y otro crédito, áun cuando no hubiese mediado ninguna estipulacion para dejar afecta la prenda al pago del segundo. —El derecho español ha tomado tambien del derecho romano esta disposicion, consignándola en la ley 22, tít. XIII, Partida V, donde se dice: «*Sobre peños, deuiendo um home á otro marauedis, si despues con aquel mismo faze otra debda, rescebiendo del marauedis con carta sin peño, maguer pague la una debda, si el otro no le quisiere tornar los peños, fasta quel pague la otra debda que le deuia con carta, bien lo podria retener; como quier que aquel peño non le fuesse obligado señaladamente, por la debda que despues le demanda.*» Empero, es opinion general, que no podria vender la prenda en fuerza de semejante crédito. (N. del T.)

último, aprovecharse de los aumentos de la cosa pignorada como que sufre tambien sus accidentales menoscabos.

Obligaciones del deudor.—El deudor que constituye prenda, está obligado para con el acreedor por la accion *pigneratitia contraria*: por las impensas necesarias y útiles empleadas en provecho de la cosa; por la reparacion de los perjuicios ocasionados por los defectos de la cosa, imputables al deudor; por la eviccion que hubiese sufrido el acreedor de parte del verdadero propietario cuando el deudor le diera en prenda una *res aliena*. Tambien podrá el acreedor ejercitar la misma accion, cuando la cosa dada en prenda se hallase con anterioridad hipotecada á un tercero.

CONVENCIONES ACCESORIAS QUE PUEDEN ACOMPAÑAR AL CONTRATO DE PRENDA.

Del pacto de anticrésis.—El acreedor pignoraticio, como el depositario y á diferencia del comodatario, no debe servirse de la cosa dada en prenda, so pena de cometer un *furtum usu*; mas con todo, puede mediar entre las partes al tiempo de constituirse la prenda un pacto, en cuya virtud el acreedor tendrá el derecho de tomar á destajo los frutos que la cosa produzca siéndole imputables por intereses del crédito. Este pacto aleatorio, que se llama *anticrésis* (αντιχρπσις) es permitido en cuanto no encierra un préstamo usurario. (L. 11, § 1, D., *De pignorat.*, lib. XX, tít. I; L. 26, § 1, D., *De usuris*, lib. XXII, tít. I) (1).

Del pacto comisorio ó lex commissoria.—Segun el antiguo derecho romano, las partes podian estipular que al vencimien-

---

(1) Véase el pacto de anticrésis en derecho francés, art. 2085 y 2089, Cód. civ.—En el derecho español la ley de 14 de Marzo de 1856 concedió amplia libertad en la estipulacion de intereses, entendiéndose por interés (art. 3º), toda prestacion pactada á favor de un acreedor. En su virtud, los frutos de la cosa dada en prenda podrán aplicarse al cobro de intereses, teniendo en cuenta el importe de estos y el valor de aquellas. El derecho canónico ha prohibido el pacto de anticrésis (Decretales de Gregorio IX, cap. VI, *De pignor.*, III, 21, cap. I y II; *De usuris*, V, 19), disponiendo, como así tambien lo dispuso en Cataluña la Pragmática de D. Jaime I de 6 de Julio de 1242 (1ª del tít. VI, *De usuras*, lib. IV, vol. 2º, Const. de Cataluña), que si el acreedor pignoraticio percibe frutos se aplicarán á extinguir la deuda. La ley de 1856 es, sin embargo, el derecho general. (N. del T.)

to de la deuda y en defecto de pago, el acreedor pignoraticio quedaria propietario de la cosa, fuese cualquiera la desproporcion entre el montante de la deuda y el valor de la prenda. Llamábase á esta convencion *lex commissoria*, porque con ella quedaba el deudor amenazado de que llegase á caducar su derecho á exigir la restitucion, *commissum*. Constantino prohibió en absoluto semejante pacto (*placet infirmare eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri*. L. 3, C., *De pactis pignorum et de lege commissoria*, lib. VIII, tít. XXXV). Esta prohibicion ha pasado á nuestro Código civil (1).

TITULO XV

De las obligaciones verbales.

Nociones históricas.—Habia en el antiguo derecho ciertas obligaciones verbales que se formaban *verbis* pero sin estipulacion. Tales eran la *dictio dotis* y el *jusjurandum liberti* (ó *jurata promissio liberti*, segun la llaman los intérpretes). «Así se explica, dice muy atinadamente M. Demangeat (2) el empleo de las palabras *verborum obligatio* de que se sirven Gayo y Justiniano en sus Instituciones, en lugar de las de *stipulationis obligatio*.

DE LA DICTIO DOTIS.

La *dictio dotis* tenia lugar sin interrogacion del marido con quien se contraia la obligacion de constituir una dote. Sólo de-

(1) C. civ., art. 2078. En defecto de pago no puede el acreedor disponer de la prenda, salvo su derecho á que los tribunales declaren que ha de servirle en pago y en lo que alcance su crédito, despues de una estimacion hecha por peritos y venta en pública subasta.—Es nula toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda sin las expresadas formalidades.—El acreedor tiene la facultad de vender la prenda al objeto de satisfacerse de lo que acredite, prévio el oportuno requerimiento al deudor (L. 4, D., *De pign. act.*; L. últ. C. *De jur. dom. imp.*; LL. 41 y 42, tít. XIII, Part. V.) (N. del T.)

(2) *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, p. 176.

terminadas personas podian contraer esta obligacion, á saber: la mujer, el deudor de la mujer por delegacion de esta, y el ascendiente paterno (Gayo, *Epítome*, lib. II, tít. IX, § 3.) Esta forma de obligarse cayó, al parecer, en desuso en la época de Justiniano; y en verdad que habia llegado á ser inútil desde que por una constitucion de los Emperadores Teodosio y Valentiniano permitióse á cualquier persona obligarse válidamente por simple pacto á constituir al marido una dote. (L. 6, C., *De dotis promiss., et nuda pollicit.*, lib. V, tít. XI.)

DE JUSJURANDUM LIBERTI.

El *jusjurandum liberti* tenia lugar cuando un liberto prometia á su patrono, mediante juramento, ya una dádiva, ya ciertos oficios ó ya sus trabajos personales sin prévia interrogacion de su patrono (*Uno loquente, et sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit.* Gayo, *Epítome*, lib. II, tít. IX, § 4.) Esta forma de obligacion verbal aún existia en tiempo de Justiniano, por más que la Instituta la dejara en silencio, y en tanto es así que observamos en el Digesto varios fragmentos referentes al *jusjurandum liberti* (1).

DE LA ESTIPULACION.

La estipulacion es una tercera forma de obligacion verbal.

Una forma de obligacion.—La estipulacion no es, en efecto, como los contratos reales (el *mútuo*, por ejemplo), un contrato especial, con una utilidad peculiar y propia y creado para responder á una necesidad determinada; sino que es una forma utilizable para convertir en obligatoria toda convencion lícita entre personas capaces de contratar.

¿En qué consiste la estipulacion?—La estipulacion se compone de una interrogacion (*stipulatio*) del que pretende

---

(1) Tal es la opinion de Demangeat, t. II, p. 178; Ortolan, t. III, p. 155; Van Wetter, t. I, § 324, p. 825; Gerardin et Jozon, *Le droit des obligat.*; de M. de Savigny, 2ª edic., t. II, § 73, p. 369, nota 2; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, nº 495, p. 200; Labbé, en sus lecciones.—Comp., Maynz, t. II, § 330, p. 324, nota 9.

ser acreedor y de una respuesta congruente (*sponsio* ó *promissio*) del que ha de ser deudor. El primero se llama estipulante (*reus stipulandi*), el segundo promitente (*reus promittendi*).

Doble sentido de la palabra estipulacion.—En sentido limitado indica sólo una parte del acto, esto es, la pregunta solemne del que pretende ser acreedor; en sentido lato abraza la palabra estipulacion todo el contrato, así la interrogacion como la respuesta ó promesa.

Orígen de la estipulacion.—Se ha pretendido que derivaba de un acto jurídico más complicado que se llamaba *nexum*, el cual, sancionado por la ley de las Doce Tablas, servia para formar el contrato consistente en préstamo de dinero. Dos operaciones distintas habia en el *nexum*; 1º *el peso*: el dinero era pesado ante los testigos por un *libripens* ó porta-balanza; 2º *las palabras solemnes*. El mutuatario, despues de haber recibido el dinero, pronunciaba ciertas palabras consagradas, que le obligaban á restituir dentro de un término fijo la cantidad prestada. Más adelante, cuando se quiso contraer obligacion que no fuese la de préstamo de dinero, se dejó á un lado el peso, ó mejor, se tuvo por cumplida la solemnidad del *œs et libram* y sólo se conservaron las palabras sacramentales. De aquí ha nacido la estipulacion (1).

Distintas fórmulas de la estipulacion.—Con anterioridad al reinado de Leon habia ciertos términos solemnes, únicos por los cuales podíase formar una estipulacion. Hé aquí las fórmulas más comunmente usadas: *¿Spondes? Spondeo. ¿Promittis? Promitteo. ¿Fidejubes? Fidejùbeo. ¿Dabis? Dabo. ¿Facies? Faciam.* (Instit., § 1, lib, III, tít. XV). En los primeros tiempos probablemente debieron usar ambos contrayentes de la lengua latina; más tarde pudo emplearse tambien el griego (Gayo, C. III, § 93) hasta que, por último, acabóse por admitir cualquier idioma extranjero (*vel qua alia lingua*) mientras fuese conocido por ambas partes (*scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguœ habeat*). *Observacion.* Apesar de que Justiniano, en el § I, lib. III, tít. XV de la Instituta no

(1) Véase, conforme con esta opinion, Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 330, páginas 322 y 323.—Sin embargo, la combate Gide, *De la novation en dr. rom.*, *Rev. de Législat.*, 1871, p 126, nota 3; Comp. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, nº 494, p. 194, nota 1.

señala diferencia ninguna entre las diversas fórmulas de estipulacion en dicho texto enumeradas, precisa reconocer con Gayo (C. III, § 93 *in fine*) que la fórmula «*¿Spondes? Spondeo*» estaba exclusivamente reservada á los ciudadanos romanos y que no se podia pronunciar en otra lengua que la latina.

Hácia la mitad del siglo quinto de la era cristiana el Emperador Leon suprimió por una ley la necesidad de las palabras solemnes (*solemnitate verborum sublata*) ya por entonces no usadas apenas en la práctica, dejando subsistentes, sin embargo, los contratos formados verbalmente (1). Bastó desde aquel momento para la validez de una estipulacion que hubiese mediado una pregunta y una respuesta afirmativa congruente, importando bien poco las palabras pronunciadas. Mientras existiese acuerdo entre las voluntades sobre la materia del contrato, era indiferente que hubiese ó no rigorosa concordancia en las palabras. (Instit., § I, *eod.*; L. 10, C., *De contrah. et committenda stipulatione*, lib. VIII, tít. XXXVIII.)

Ventajas que ofrece la estipulacion como medio de contraer obligaciones.—La estipulacion ofrece, aparte otras ventajas, las dos siguientes: 1ª, garantiza mejor que otra forma cualquiera la voluntad deliberada de las partes y no deja lugar á duda respecto á su intencion; 2ª, determina con rigorosa exactitud el objeto y el alcance de la obligacion; y bajo este concepto abrevia y disminuye los litigios, en nuestros dias tan numerosos, promovidos por la interpretacion de la voluntad de las partes contratantes (2). A esta doble idea refieren efectivamente las Instituciones (*pr.*, lib. III, tít. XV), la etimología de la palabra *stipulatio*, que derivaria de *stipulum*, voz que en otro tiempo se habia empleado como sinónima de *firmum* y que á su vez parece derivar de *stips* (tronco) (3).

---

(1) *Sic*, Savigny, *Le droit des obligat.*, 2ª edic., t. II, § 73, p. 367 (traduccion de MM. Gérardin y Jozon).

(2) Todo induce á creer que la estipulacion fué para los romanos una regla general de la que se consideraban excepciones las restantes formas de contratacion. Véase Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, nº 494, p. 196 y sig., y *Contrats innomés*, p. 10; Gide, *De la novation en dr. rom.*, *Rev. de législat.*, 1871, p. 122.

(3) Otras etimologías de la palabra *stipulatio* nos ofrecen Paulo, *Sent.*, § 1, lib. V, tít. VII; Festo, *De verb. signif.*, en la palabra *stips*; Isidoro de Sevilla, *Orig.*, lib. VI, cap. XXIV; y Varron, *De ling. lat.*, lib. VI, § 36 (p. 30, ed. Godofr.)

Inconvenientes de la estipulacion.—Entre otros de los que presenta esta forma, citaremos los siguientes:

1° Que antes del reinado de Leon, durante aquella época en que para formarse la estipulacion eran precisas ciertas palabras consagradas, la más mínima discrepancia en la fórmula solemne importaba la nulidad de la convencion.

2° Que siendo esencial en la estipulacion una pregunta prévia seguida de una respuesta congruente, no puede haber estipulacion sin la presencia simultánea de las dos partes contratantes; no pueden los ausentes obligarse por este medio. (Gayo, C., III, § 136; Instit., § 12, lib. III, tít. XIX.)

3° Que la misma incapacidad existe para los sordos que no pueden oir la respuesta del promitente y para los mudos que no pueden pronunciar las palabras de la estipulacion. (Instit., § 7, lib. III, tít. XIX.)

Diversas especies de estipulaciones.—Las estipulaciones son de dos clases: la estipulacion *cierta* y la estipulacion *incierta*. (L. 74, D., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tít. I.) Es *cierta* (*certa*), cuando tiene por objeto la dacion de una cosa determinada, si no en su individualidad (*in specie*) al ménos por indicacion de su especie (*in genere*), calidad y cantidad (*quid, quale, quantumque sit*), como, por ejemplo, diez sueldos de oro, el fundo Tusculano, el esclavo Estico, cien fanegas de trigo de África de la mejor calidad, cien ánforas de vino de Campania de primera clase. (L. 74, D., *eod.*)

Es *incierta* la estipulacion (*incerta*), cuando no se desprende de sus propios términos la indicacion del *quid*, del *quale* y del *quantum* de la cosa estipulada; tal es, por ejemplo, la estipulacion de un fundo rústico, de un esclavo, en general; de tantas candiotas de vino, de tantas fanegas de trigo candeal, sin hacer expresa designacion de la cualidad, etc. Tambien es incierta la estipulacion siempre que tenga por objeto un hecho ó una abstencion (*qui id quod in faciendo, aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur*); y cuando recae sobre usufructo de un fundo, aunque sea cierto y determinado, ó sobre una servidumbre cualquiera, etc. (*fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit incertum intelligitur in obligationem deduxisse*). (L. 75, D., *eod.*) Las estipulaciones inciertas solian

ser poco frecuentes; las más veces acompañábanse de una cláusula penal que, condenando al pago de una cantidad determinada, para el caso de no realizarse el hecho ó de faltar á la abstencion, trasformaba el carácter de estas estipulaciones convirtiendo en *ciertas* las que, sin semejante cláusula, hubieran sido *inciertas*. (Instit., § 7, lib. III, tít. XV.)

Acciones que nacen de la estipulacion.—Este modo de contratar solamente producia obligacion para una de las partes; jamás daba lugar á obligaciones recíprocas. De aquí nacia la *condictio* que se llamaba *condictio certi*, cuando se trataba de una estipulacion cierta; siendo esta la *condictio* propiamente dicha. Es *condictio incerti*, cuando se trata de una estipulacion incierta, en cuyo caso suele designarse más á menudo con la expresion *actio ex stipulatu*. (Instit., *pr.*, *eod.*)

Estas dos acciones, *condictio certi*, *condictio incerti* ó *actio ex stipulatu* fueron siempre de derecho estricto (1); sin embargo, en caso de litigio la facultad discrecional del juez es más extensa si ha de fallar acerca de una estipulacion incierta que si se trata de una estipulacion cierta.

TITULO XVI

De los co-estipulantes y co-promitentes.

Generalidades.—Hablando en tésis general, siempre que dos personas estipulan de una tercera que les dará esta una cantidad determinada, por ejemplo, cien escudos de oro, este crédito se divide en dos porciones de cincuenta escudos cada una, perfectamente independientes una de otra. Y recíprocamente; si dos promitentes se comprometen para con un mismo estipulante á pagarle cien escudos de oro, cada uno de ellos

(1) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, p. 167, n° 1260; Demangeat, t. II, p. 180; Namur, 2ª edic., t. II, §.507, p. 308.—Segun Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 321, p. 330, texto y nota 11, las *condictiones incerti* pueden, segun la índole de lo que sea objeto de la prestacion, constituir una obligacion de estricto derecho ó de buena fé.

queda obligado por la mitad; hay dos deudas, perfectamente distintas, de cincuenta escudos cada una (1).

En el primero de los dos citados casos existen dos acreedores, pero no *duo rei stipulandi;* en el segundo tenemos dos deudores, pero no *duo rei promittendi.*

La expresion *duo rei* supone dos acreedores ó dos deudores no del todo independientes entre sí, como en el caso de que dos personas estipulen de una tercera cien escudos de oro, mas de tal suerte que cada una de ellas pueda exigir al deudor la totalidad de la deuda, y que el pago de los cien escudos hecho á uno solo de los acreedores deje libre al deudor relativamente al otro (2); y recíprocamente, cuando se han obligado dos promitentes á pagar á un mismo estipulante cien escudos de oro, pero de tal manera que cada uno de ellos pueda ser perseguido por la totalidad de la deuda, como si la obligacion hubiese sido personal y exclusiva, y que por otro lado, el pago que uno hiciere deja al otro completamente libre de responsabilidad. En ambos casos existe obligacion correal *duo rei stipulandi et duo rei promittendi.*

Observacion.—Entiéndase que la no-correalidad es la regla general, y por lo tanto la correalidad es la excepcion; por esto no existirá obligacion correal sin manifestacion inequívoca de la voluntad de las partes. (L. 2, § 2, D., *De duob. reis*, libro XLV, tít. II.)

Diversos orígenes de las obligaciones correales.—La obligacion correal puede nacer ya de una estipulacion, ya fuera de toda estipulacion.

En la estipulacion resulta la correalidad de la misma fórmula que hubiesen empleado los contrayentes. Si *Primus* y *Secundus* quieren ser *correi stipulandi* de *Tertius* por cien escudos de oro, *Primus*, dirigiéndose á *Tertius*, le interrogará de esta manera: «*Spondesne mihi dari centum.*» (¿Me prometes cien escudos de oro?) Y seguidamente, ántes que *Tertius* le conteste, *Secundus* diréle á su vez al mismo *Tertius*: «*Spondesne mihi*

(1) Son las obligaciones á que damos, en derecho español, el calificativo de *mancomunadas.* (N. del T.)

(2) Véase acerca de este materia, Demangeat, *Des obligations solidaires en dr. rom.*, p. 4.

eosdem centum aureos dari.» (¿Me prometes los mismos cien escudos de oro?) Despues de lo cual el deudor responde simultáneamente á los dos estipulantes: *«Utrisque vestrum dare spondeo»* (prometo á uno y á otro los cien escudos de oro). En el citado ejemplo nace una sola obligacion: las dos estipulaciones forman, por así decirlo, un solo haz. Por el contrario, si *Tertius* responde ántes á *Primus*, y luego, interrogado por *Secundus*, le contesta separadamente, nacerá de aquí, no una obligacion correal, sino dos obligaciones distintas (*alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse*). (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XVI). Recíprocamente, si *Primus* y *Secundus* quieren ser *correi promittendi* de *Tertius*, este último interrogará sucesivamente á *Primus* y á *Secundus*: *Primus*, ¿me prometes cien escudos de oro? *Secundus*, ¿me prometes los mismos cien escudos de oro? *Primus* y *Secundus* responden aisladamente: Te los prometo (1). (L. 4, D., *De duob. reis*, lib. XLV, tít. II). De todo lo dicho se deduce que para el cumplimiento de todas estas formalidades se requiere indispensablemente la concurrencia simultánea de todos los estipulantes y de todos los promitentes.

Aparte de la estipulacion, puede tambien nacer obligacion correal de los contratos de buena fé, tales como la venta, el arrendamiento, el depósito y el comodato; bien que, no presumiéndose nunca la correalidad, será preciso justificar que estuvo en el ánimo de los contrayentes el propósito de constituir una obligacion correal. (L. 9, *pr.*, D., *De duob. reis*, lib. XLV, tít. II (2).

En el *mútuo* puede nacer de un simple pacto la obligacion correal. (LL. 5, 9, 12, C., *Si cert. pet.*, lib. IV, tít. II.)

Tambien puede provenir de un testamento cuando el testador ha expresado claramente su voluntad en este sentido; por ejemplo; si habiendo el testador instituido por herederos á *Primus* y *Secundus*, añade: Que *Primus* ó *Secundus* entregue cien escudos á Mævio. (L. 9, *pr.*, D., *De duob. reis*, libro XLV, tít. II.)

---

(1) *Sic*, Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, nº 547, p. 312.
(2) Comp. Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 271, p. 59, nota 10.

La obligacion correal nace tambien de la expensiliacion. (L. 9., *pr.*, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV.)

Puede haber solidaridad de pleno derecho en las obligaciones que nacen como de un contrato. *Ejemplo:* los varios tutores ó curadores á quienes se ha confiado la administracion de los bienes de un menor de veinticinco años sin haberse repartido el ejercicio de las funciones administrativas, son responsables solidariamente por su gestion. (L. 55, *pr.*, D., *De admin. et peric. tut.*, lib. XXVI, tít. VII.)

La solidaridad, finalmente, puede resultar de un delito entre los co-delincuentes, y alguna vez tambien se produce por la accion noxal, como sucede, por ejemplo, cuando el animal ó el esclavo que causó el daño pertenecen á dos propietarios, á cada uno de los cuales podrá exigirse la total responsabilidad. (L. 14, § 15; L. 15, D., *Quod. met. caus.*, lib. IV, tít. II.)

Efectos de la obligacion correal.—Debemos considerarlos bajo los distintos puntos de vista de las relaciones entre los acreedores y el deudor, entre los deudores y el acreedor, y de las relaciones mútuas de los co-estipulantes y de los co-promitentes.

Relaciones de los acreedores con el deudor.—En el caso de que haya varios co-estipulantes (*duo pluresve rei stipulandi*): 1° Cada uno de ellos puede accionar contra el deudor comun por la totalidad de la deuda (*in solidum*); pero desde el momento en que uno ha entablado accion, sólo á éste debe pagar el deudor. (L. 16, D., *De duob. reis*, lib. XLV, tít. II; L. 31, § 1, D., *De novat.*, lib. XLI, tít. II). 2° La cosa se debe en totalidad á cada uno de los que la hubiesen estipulado, pero sólo se debe una vez; de modo que el pago hecho á uno de los co-estipulantes libera al deudor, no sólo respecto al que le recibe, sino á todos sus co-estipulantes. (Instit., § 1, lib. III, tít. XVI) (1). 3° El co-estipulante que interrumpe la prescrip-

(1) Se discute sobre si el constituto hecho por un deudor comun con uno de los acreedores equivale al pago de la deuda y extingue el derecho de los demás. Opinan afirmativamente, Demangeat, *Obligat. solid.*, p. 84 y sig.; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, n° 549, p. 319, texto y nota 2; *Confér. sur les Pandect.*, 13 Diciembre 1873, en sus lecciones; y negativamente, Savigny, *Le droit des obligat.*, 2ª edic., t. I, p. 185 y 186 (traduccion de Gérardin y Jozon).

cion lo verifica en interés de los demás acreedores. (L. 5, C., *De duob. reis*, lib. VIII, tít. XL). 4º Si se hace dar una hipoteca ú otra garantía cualquiera, ésta redunda en provecho de todos los demás co-estipulantes.

Relaciones de los deudores con el acreedor.—En el caso de haber varios co-promitentes (*duo pluresve rei promittendi*): 1º cada uno de ellos puede ser reconvenido por el acreedor comun para que pague la deuda íntegra (*in solidum*) como si él sólo fuera el obligado. El acreedor que ha demandado con preferencia á uno de los *rei promittendi*, ¿podrá dirigir su accion contra los demás en el caso de no haber cobrado íntegramente su crédito? Segun el antiguo derecho romano y bajo el sistema del procedimiento formulario, el acreedor que habia intentado su accion en la forma de un *judicium legitimum* contra uno de los *rei promittendi*, ya no podia perseguir á los demás deudores correales, quienes, en efecto, se veian liberados *ipso jure* por consecuencia de la novacion contenida en la *litis contestatio* (L. 16, *De duob. reis*, lib. XLV, tít. II.) En las acciones que daban lugar á un *judicium imperio continens* el acreedor que se habia dirigido contra uno de los *rei promittendi* podia accionar contra los demás, pero éstos lograban rechazar su demanda por medio de una excepcion llamada *rei in judicium deductæ*. La obligacion correal solo se extinguia *exceptionis ope* (L. 51, § 4, D., *De evict.*, lib. XXI, tít. II.) Resolvió Justiniano por una constitucion inserta en el Código (L. 28, *De fidejuss.*, lib. VIII, tít. XLI), que las reclamaciones dirigidas contra uno de los *rei promittendi*, no habian de empecer al actor la accion contra los demás hasta lograr el pago integral de la deuda; 2º Cada uno de los promitentes debe la cosa en totalidad, bien que solo una vez; consiguiente á esto es que el pago hecho por uno de los co-promitentes deja libres á un mismo tiempo al que promete y á todos sus *correi promittendi* (Instit., § 1, lib. III, tít. XVI); 3º el acreedor que dirije sus reclamaciones contra uno de los *rei promittendi* interrumpe la prescripcion, no solamente respecto al deudor demandado, sino respecto de todos los *rei promittendi;* 4º Si la cosa debida, siendo un cuerpo cierto, perece por el hecho *(facto)* de uno de los *rei promittendi*, la obligacion subsiste respecto de

todos los *rei promittendi* en el sentido de que cada uno de ellos queda solidariamente obligado á pagar en sustitucion de la cosa que ha perecido, una cantidad representativa de su valor (L. 18, D., *De duob. reis*, lib. XLV, tít. II.) No sucede lo propio cuando la cosa hubiere perecido despues de incurrir en *mora* uno de los *rei promittendi*, pues los demás quedan completamente libres de responsabilidad (L. 173, § 2, D., *De reg. jur.*, lib. L, tít. XVII; L. 32, § 4, D., *De usur.*, lib. XXII, título I.)

Relaciones mútuas de los co-estipulantes.—Importa distinguir si existe ó no sociedad entre los *rei stipulandi:* 1° Si forman sociedad, aquel de los acreedores correales que haya recibido por sí sólo el pago será responsable para con los demás *correi stipulandi* por la accion *pro socio;* y en su virtud habrá que partir por iguales porciones entre todos los *correi* el importe del crédito realizado, á ménos que, merced á convenciones particulares, se hubiese acordado un reparto desigual (L. 62, *pr.*, D., *Ad leg. Falc.*, lib. XXXV, tít. II.) De la propia suerte, si uno de los acreedores correales no tenia interés ninguno personal en la estipulacion, y estipuló juntamente con otro en interés de este último y en virtud de mandato ó de gestion de negocios, quedará obligado, en el caso de percibir el importe del crédito, á rendir cuentas al otro *correus stipulandi*, por la accion de mandato ó de gestion de negocios; 2° Si los co-estipulantes no forman sociedad, si, por otra parte, no existe relacion ninguna de mandato ni de gestion de negocios entre los *rei stipulandi*, aquel de los mismos que haya percibido el importe del crédito no viene obligado á partirlo con los demás co-estipulantes (L. 62, *pr.*, D., *eod.*)

Relaciones mútuas de los co-promitentes.—En este punto conviene hacer la misma distincion que dejamos consignada respecto de los co-estipulantes: 1° Si los *correi promittendi* forman sociedad, el co-promitente que ha satisfecho la deuda en totalidad tiene con la accion *pro socio* un recurso contra los demás para compelerles á contribuir á la extincion de la deuda (L. 34, D., *De recept.*, lib. IV, tít. VII.) Así tambien, cuando el deudor *correalis* que ha pagado la deuda estaba obligado sólo en virtud de un mandato ó de una gestion de

negocios y en interés exclusivo de los demás *correi promittendi*, podrá dirigirse contra ellos por la accion de mandato ó de gestion de negocios, al propósitp de conseguir el reembolso de la cantidad por él satisfecha. 2º Si no se hallan constituidos en sociedad, ni existe mandato ni gestion de negocios entre los *correi promittendi*, entónces el co-promitente que ha pagado la deuda en totalidad no tiene recurso alguno contra los demás co-promitentes, porque al extinguir la obligacion con el pago ha obrado por cuenta propia y no en interés de los demás (L. 7, D., *De stc. Macedon.*, lib. XIV, tít. VI.) El rigorismo de este principio, consecuencia del derecho estricto y formalista de la estipulacion, atenuóse considerablemente mediante la concesion del beneficio de *cesion de acciones* (1) al co-deudor obligado al pago íntegro de la deuda. Relativamente á la cuestion de si uno de los *correi promittendi* podia oponer al acreedor el beneficio de *division*, debemos advertir que se ha resuelto por lo general en sentido negativo (2).

Modalidades que pueden acompañar á la obligacion correal.—Es esencial en las deudas correales que todas las obligaciones de que se compone, tengan por objeto una *misma cosa* (*una res vertitur.* Instit., § 1, lib. III, tít. XVI); pero no es indispensale que cada uno de los *correi promittendi* la deba *de igual manera*. Cada uno debe prometer la misma cosa, pero cada uno puede prometerla de un modo distinto; uno pura y simplemente, otro á término ó bajo condicion (Instit. § 2, *eod.*); con el bien entendido de que una condicion ó término añadidos á la obligacion que uno contrae no es obstáculo á que pueda el acreedor perseguir inmediatamente al deudor cuya obligacion es pura y simple (Instit., § 2, *eod.*)

---

(1) Creemos, de acuerdo con la mayor parte de los intérpretes, que la cesion de acciones podia exigirla tambien el *correus promittendi* no asociado. (L. 65, D., *De evict.*, lib. XXI, tit. II; L. 2, C., *De duob. reb.*, lib. VIII, tit. XL).—Sin embargo, Accarias opina lo contrario, t. II. nº551, p. 323 y 324.—Acerca el beneficio de cesion de acciones, véase *infra*, tít. XX, p. 459.

(2) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 270; Maynz, t. II, § 271, p, 61, nota 19, y § 348, p. 413, nota 25.—Véase, además, sobre el beneficio de division, *infra*, tít. XX, p. 458.

TITULO XVII

De la estipulacion de los esclavos.

PRINCIPIOS GENERALES.

Primero.—El esclavo, segun el derecho civil romano, carece de personalidad jurídica *ex persona sui;* es tratado y considerado como cosa.

Segundo.—En algunos casos el esclavo puede válidamente intervenir en un acto jurídico, tomando como prestada la personalidad de su dueño. Puede adquirir y estipular *ex persona domini* y la estipulacion así hecha es válida y redunda en provecho del dueño como si este hubiese pronunciado por sí mismo las palabras. El esclavo es, pues, en cierto modo el instrumento, el órgano de que se vale su dueño.

Tercero.—El esclavo puede representar la capacidad del señor para enriquecerle, para procurarle una adquisicion y en su nombre intervenir en una estipulacion como estipulante, mas ya no puede, segun el estricto derecho civil, ni obligarse, ni obligar al señor. (*Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest.* L. 133, D., *De regul. jur.*, lib. L, tít. XVII.)

De los anteriores principios derívanse las siguientes consecuencias:

1ª El señor no puede privar al esclavo de la capacidad de adquirir; de la estipulacion que haga este se aprovechará el señor, áun á pesar suyo. (Instit., § 3, lib. II, tít. IX.)

2ª El esclavo que estipula por otra persona que no sea su dueño, realiza un acto completamente nulo (*nihil agit*). (Instit., § 4, lib. III, tít. XIX.)

3ª El esclavo que estipula para su señor, para sí mismo, para su co-esclavo ó sin designacion de persona, adquiere para el señor el crédito que resulte de la estipulacion. (Instit., § 1, lib. III, tít. XVII.) Esto, no obstante, si tal es la naturaleza de la estipulacion que por su objeto sólo puede aprovechar personalmente al esclavo, el acto será nulo, como sucederá, por

ejemplo, cuando el esclavo estipule un derecho personal (*jus sibi eundi*), estipulacion nula porque no es capaz de semejante derecho. No sucede lo propio cuando estipula para él un hecho (*factum*) como, por ejemplo, que se le permitirá pasar por tierras de propiedad del promitente (*ut sibi ire, agere liceat*), pues en tales casos la estipulacion es válida; y el señor se aprovechará de ella en el sentido de que podrá hacer pasar al esclavo y dirigir contra el promitente la accion resultante de la estipulacion (*ex stipulatu*), si por ventura se opusiese al libre tránsito del esclavo. Si el promitente sólo se obligó por la estipulacion á dejar pasar el esclavo puede oponerse á que use de igual ventaja el dueño del mismo esclavo. (Instit., § 2, *eod.*)

DEL SERVUS COMMUNIS.

Es un principio general que el esclavo perteneciente á distinto dueños (*servus communis*), cuando celebra una estipulacion, adquiere para todos y cada uno de ellos el beneficio que de la misma resulte, proporcionalmente al derecho que cada uno tiene sobre su persona (1). Principio que no deja de aplicarse áun cuando el esclavo haya estipulado *ex re unius domini*, empleando en la operacion un capital, propio de uno sólo de los señores; el crédito pertenece á todos ellos indistintamente, bien que aquel cuyo era el capital empleado tendrá recurso contra los demás para que se le reembolse. (L. 28, § 1, D., *De stipul. serv.*, lib. XLV, tít. III.)

Excepciones al principio general establecido.

1° Si el esclavo ha estipulado por mandato de uno sólo de sus señores (*jussu unius eorum*), ¿á quién pertenecerá el crédito? Se suscitó controversia sobre este punto; la opinion acogida por Justiniano es la de la escuela de los sabinianos, la que profesaba Juliano y los proculeyanos combatian, y segun la que corresponde atribuir el beneficio de la estipulacion única

(1) Véase, acerca de esta materia, Villequez, *De l'esclavage chez les Romains*, *Rev. hist. de dr. franc. et étrang.*, t. X, p. 220 y sig.

y totalmente á aquel de los dueños del esclavo que le hubiese dado la órden. (Instit., § 3, lib. III, tít. XVII.)

2º Si el esclavo ha estipulado nominativamente (*nominatim*) para uno de sus señores, el crédito corresponderá de un modo exclusivo al que se hubiese designado en la estipulacion (Instit., § 3, *eod.*)

3º Si el esclavo estipula que se le dará una cosa que ya es propia de uno de sus señores (*si res quam dari stipulatus est unius domini sit*) éste, que ya es propietario, no tendrá ningun derecho en el crédito que pertenecerá por entero á los demás condueños del esclavo (Instit., *ibid.*)

DEL SERVUS HEREDITARIUS.

Definicion.—Es *servus hereditarius* el esclavo que forma parte de una herencia yacente.

Principio general.—La herencia, hasta el momento de la adicion, representa la persona del difunto (*personæ defuncti vicem sustinet*). Respecto á la capacidad de que goza el esclavo para contratar y adquirir se reputa que el señor no ha dejado de existir; de lo cual surje la consecuencia de que todas las estipulaciones que haga el esclavo en el intérvalo que media entre la muerte del dueño y la adicion de herencia, redundan en provecho de la masa hereditaria, y por consiguiente, del heredero que más tarde la recoja. (Instit., *pr.*, lib. III, título XVII.)

Limitaciones á dicho principio.—1º La herencia no representa al difunto para los efectos del derecho de usufructo ó de uso, cuya constitucion exige necesariamente la existencia de una persona física. El esclavo hereditario no podrá, pues, adquirir válidamente por estipulacion los derechos de usufructo ó de uso. (L. 26, D., *De stip. serv.*, lib. XLV, título III.) 2º Tampoco se considera la herencia yacente como representacion del difunto para el efecto de permitir al esclavo que acepte una herencia en la que se le instituya durante la época en que permanece yacente la de su difunto señor. Si el esclavo, para poder adquirirla, há menester de un *jussus*, de una órden, deberá esperar á que haga adicion el heredero que ha de venir á ser su nuevo propietario.

¿Qué se dirá cuando el siervo hereditario estipula nominativamente para el futuro heredero?—Para contestar á esta pregunta es necesario hacer dos distinciones: 1ª En el caso de que el presunto heredero no hiciere adicion, como sucederá en el supuesto de que renuncie á la herencia, es absolutamente nula cualquiera estipulacion celebrada por el siervo hereditario, porque se reputa que habiendo renunciado el heredero ha sido en todo tiempo extraño á la herencia, y que por lo tanto, el esclavo ha estipulado para otra persona que no era su dueño. 2ª Cuando el heredero nombrado hace adicion, es decir, acepta la herencia, ¿será válida una estipulacion que hubiese celebrado el esclavo en nombre de aquel *ante aditam hereditatem*? Hé aquí un punto que fué objeto de viva controversia, habiendo prevalecido al cabo la opinion sustentada por Casio y por los sabinianos y combatida por la escuela contraria, y declarádose en su virtud válida y eficaz la estipulacion. (L. 16, L. 18, § 2; L. 28, § 4; L. 35, D., *De stip., serv.*, lib. XLV, tít. III) (1).

DEL ESCLAVO AJENO Y DEL HOMBRE LIBRE POSEIDO DE BUENA FÉ COMO ESCLAVO.

Todo el que posee un esclavo ajeno ó un hombre libre tenido por esclavo con justo título y buena fé adquiere, *ex duabus causis*, los créditos que provengan del hecho del esclavo y del hombre libre: 1º, *ex operibus servi*, cuando, por ejemplo, es acreedor de salarios por haber alquilado el esclavo sus servicios á un tercero. Este crédito lo adquiere el poseedor de

(1) Dice así la ley 16 citada, texto del jurisconsulto Paulo: «Es un acto nulo el de la estipulacion que haga el siervo hereditario en nombre del heredero futuro, porque este no era su señor al tiempo de la estipulacion.» Podria parecer, en vista de lo conciso y terminante del texto transcrito, que la opinion de Paulo desautorizaba la cita del autor y desmentia la afirmacion que hace de haber prevalecido últimamente el criterio de la escuela sabiniana (si es lícito llamar *escuelas* á los dos bandos en que formaban, por casuísticas divergencias, los jurisconsultos romanos), pero la citada ley se complementa con otra del mismo Paulo, la 27, lib. II, tít. XIV, *De pact.*, donde dice, § 10: «El siervo no puede pactar expresamente para el heredero que despues ha de adir, porque este no es aún su dueño, pero si la convencion fuese real se puede adquirir para el heredero.» Papiniano, Gayo y Modestino confirman la opinion de que será válida la estipulacion para el futuro heredero, si ade la herencia. (N. del T.)

buena fé; 2°, *ex re possessoris,* cuando mediante una cosa, un valor cualquiera que el poseedor ha puesto á disposicion del esclavo, éste hubiese adquirido algunos derechos que pasan á ser del poseedor. Tal sucede cuando el esclavo ha vendido una cosa propia de aquel que le posee de buena fé; en este caso el poseedor adquiere un crédito contra el comprador por el precio de la venta. (Instit., § 1, lib. III, tít. XXVIII.)

De igual manera y en ambos supuestos se adquiere por el esclavo tenido en usufructo. (Instit., § 2, *eod.*) En cuanto al que sólo tiene un derecho de *uso,* fuerza es decidir, malgrado el texto de la Instituta (1), que sólo puede adquirirse por el esclavo lo que proviene *ex re sua* (Gayo, C. III, § 164 y 165; L. 14, D., *De usu,* lib. VII, tít. VIII), pero no lo que procede *ex operibus servi.*

TÍTULO XVIII

De la division de las estipulaciones.

Las estipulaciones se divíden en *convencionales, judiciales, pretorias* y *comunes,* que pueden ser (estas últimas) así judiciales como pretorias. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XVIII.)

De las estipulaciones convencionales.—Son aquellas que tienen lugar sin mediar la autoridad del pretor ni del juez y por efecto de la voluntad libre y espontánea de las partes. Puede haberlas en número tan infinito como son múltiples y variadas las especies de obligaciones que cabe contraer, por lo que no es posible trazar una enumeracion completa. (Instit., § 3, *eod.*)

(1) La Instituta, en el párrafo citado (2°, tít. XXVIII, lib. III), dice lacónicamente: «Tambien adquirimos en virtud de estas dos causas: por medio de aquel siervo sobre quien tenemos el usufructo *ó el uso.*» Estas dos causas son, como se deja dicho, *ex re sua* y *ex operibus servi,* pero en vista de la citada ley 14, y de la 12, § 6; 16, § 2, y 20 del propio título y libro del Digesto, omitidas por el autor, no puede caber duda respecto á que no se adquiria válidamente lo que proviniese del trabajo ú obras del esclavo, y sí lo que proviniese *ex re domini.* (N. del T.)

De las estipulaciones judiciales.—Son aquellas que tienen lugar por el mero y exclusivo oficio del juez (1) (*quæ á mero judicis officio proficiscuntur.* (Instit., § 1, *eod.*)

Ejemplos de estipulaciones judiciales.—La Instituta cita dos ejemplos de estipulacion judicial, cuales son: la *cautio de dolo* y la *cautio de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.* La palabra *cautio* (caucion) tiene un sentido amplísimo, pues con ella se designan cualesquiera especies de *seguridades* y de *garantías.* En el presente caso equivale á una promesa que hace el deudor en la estipulacion al objeto de garantir al acreedor contra las consecuencias del dolo que podria perjudicarle. (Instit., § 1, *eod.*)

1º *Caucion de dolo.*—Yo reivindico contra Ticio una cosa que me pertenece, y el juez, reconociendo el derecho de propiedad que me asiste, le condena á la restitucion. Si Ticio se somete al fallo será absuelto, esto es, libre de todas las consecuencias de la accion intentada por mí contra él. Mas puede acontecer que por espíritu de venganza ó por otra cualquiera intencion fraudulenta, Ticio deteriore la cosa, ó si se trata, por ejemplo, de un esclavo, le propine un veneno ántes de restituírmelo. Para precaver este inconveniente, el juez, en el mismo acto en que ordena la restitucion del esclavo, impone á Ticio la obligacion de *cavere de dolo,* es decir, le exige la promesa de que no ha cometido ni cometerá ningun acto doloso (*dolum abfuisse abfuturumve*), y que caso de cometerlo, me dará una indemnizacion. De esta suerte, si más adelante se llegase á descubrir que el esclavo restituido habia experimentado algun daño por el dolo de Ticio, este último vendria obligado, por medio de la *condictio* resultante de la estipulacion, á resarcirme del perjuicio. (L. 9, § 7, D., *Quod metus causa,* lib. IV, tít. II.)

2º *Caucion de persequendo servo restituendove pretio.*—Yo rei-

(1) Conviene prevenirse contra el error de confundir en derecho romano el magistrado con el juez. El primero es un *funcionario permanente* á quien está encomendada la dispensacion de justicia; el segundo es un *ciudadano* que recibe del magistrado una mision *especial* y accidental para fallar en un litigio determinado, pero que despues de concluido este vuelve á ser un simple particular.—Véase para más detalles sobre esta materia, *infra,* lib. IV, tít. VI, en la parte que trata de las acciones.—(N. del T.)

vindico un esclavo contra Ticio, quien, *inter moras litis*, viene á ser propietario del esclavo por usucapion. Pero durante el litigio el esclavo se fuga, dejando á Ticio en la imposibilidad de restituir lo que ya no posee. Pueden, dentro de semejante situacion, ofrecerse tres casos: 1° Que el mismo Ticio, poseedor que se hallaba ser del esclavo, haya favorecido maliciosamente su fuga, cometiendo con ello verdadero dolo. No será en este caso procedente la caucion de dolo, sino que Ticio será condenado á pagarme, por equivalencia del perjuicio que me ha inferido, una cantidad que yo mismo habré de fijar bajo la fé del juramento. (L. 22, D., *De rei vind.*, lib. VI, título I). 2° Que no haya mediado ni dolo ni culpa por parte de Ticio, en cuyo caso únicamente quedará obligado á cederme todas las acciones que le competan con relacion al esclavo. (L. 21, D., *eod.*) Vemos, pues, que tampoco tiene aplicacion á este caso la caucion de dolo (1). 3° Que la fuga del esclavo no sea imputable á dolo, pero sí á culpa de parte de Ticio, pues cabe muy bien que, áun sin dolosa intencion, haya escaseado las precauciones y la diligencia. En este supuesto, siendo Ticio el propietario del esclavo, y en tal calidad el único á quien incumbe perseguirle y reclamarle de terceros detentadores, claro es que para ser absuelto deberá obligarse por promesa hecha en virtud de mi estipulacion á inquirir el paradero del esclavo y á entregármele, ó bien á pagarme el valor del esclavo, caso de que resultasen infructuosas sus pesquisas. Esto es lo que se llamó *cautio de persequendo servo restituendove pretio* (L. 21, D., *eod.*)

De las estipulaciones pretorias.—Son aquéllas que sólo tienen y pueden tener lugar en virtud de una órden del pretor (*quæ a mero prætoris officio proficiscuntur*). Tales son las estipulaciones llamadas *domni infecti* y *legatorum*. Bajo la denominacion de estipulaciones pretorias van comprendidas las estipulaciones edilicias: *nam et hæ jurisdictione veniunt*. (Instit., § 2, *eod.*)

---

(1) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 251; Labbé y Gide, *en sus lecciones*; M. Pellat, sin embargo, sostiene opuesta opinion, pues dice en su *Comentaire du libre IV des Pandectes*, p. 203, que en el caso de no haber incurrido el demandado en dolo ni culpa cabe aplicar la *cautio de persequendo servo restituendove pretio*. Tal nos parece ser asimismo la opinion de Ortolan, t. III, p. 189, n° 1315.

1º *Cautio damni infecti*.—La caucion *damni infecti* (de daño inminente) tenia lugar en el caso que por vía de ejemplo vamos á proponer. Supóngase que mi casa amenaza ruina: si se derrumba sobre la propiedad de mi vecino y le causa perjuicios, podré sustraerme á la obligacion de repararlos, abandonando los materiales de mi casa derrumbada, porque profesaba el derecho civil romano el rigoroso principio de que las cosas que nos pertenecen no deben perjudicarnos en más de lo que alcance su valor real. (L. 7, § 1, D., *De damno infecto*, lib. XXXIX, tít. II). Mas el pretor hubo de alterar este principio, del que se originaban tan injustas consecuencias (1), permitiendo al vecino, amenazado por el probable derrumbamiento de mi casa, que me citase ante su autoridad, y en fuerza de ella me obligaba á garantir á mi vecino por mi simple promesa (*nuda repromissio*) ó por la de mi fideyusor (*satisdatio*) la reparacion de todos los daños que probablemente puedan ocurrir. Esta estipulacion se llamaba *stipulatio* ó *cautio damni infecti*. Si yo me resisto á prestar la garantía pedida, el pretor inmitia al vecino en posesion de mi finca por medio de un decreto; no es que le autorizase para expulsarme del inmueble, sino tan sólo para venir á instalarse conmigo en la casa, lo cual es para mí una molestia, una sujecion que se me impone con el objeto de constreñirme á prestar la *cautio damni infecti*. Si efectivamente la presto, se destruyen los efectos de la posesion concedida; pero si persisto en mi negativa, el pretor

---

(1) La *cautio damni infecti* carece ya de utilidad en el derecho francés. El art. 1386 del Código civil establece que «el propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina cuando esta ocurre por consecuencia de la falta de reparaciones ó por vicios de construccion.»—Aunque bajo forma distinta de la *cautio damni infecti* ha proveido la legislacion española á la seguridad de los propietarios contiguos á los edificios ruinosos concediéndoles el derecho de promover el interdicto *de obra vieja* (hoy llamado propiamente *de obra ruinosa* en la moderna ley de Enjuiciamiento civil, lib. II, tit. XX, *seccion cuarta*); interdicto que puede tener el doble objeto de la adopcion de medidas urgentes de precaucion, á fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algun edificio, árbol, columna ó cualquiera otro objeto análogo cuya caida pueda causar daño á las personas ó en las cosas, ó el de la demolicion total ó parcial de la obra ruinosa. Además, no sólo pueden intentar el interdicto los que tengan alguna propiedad contigua ó inmediata que pueda resentirse ó padecer por la ruina, sino los que inexcusablemente tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol ó construccion que amenazare ruina. (N. del T.)

expide segundo decreto pronunciando nuevamente la inmision en la posesion. En virtud de este segundo decreto la propiedad de mi finca pasaba á ser del vecino, quien tenia la cosa *in bonis ejus* y podia llegar á conseguir el *dominium ex jure Quiritium* por medio de la usucapion. (L. 15, §§ 11, 15, 16, 20 y 30, D., *De damn. infect.*, lib. XXXIX, tít. II.)

2° *Cautio legatorum.*—Esta caucion tenia lugar en el siguiente caso: Supongamos qué yo soy legatario en virtud de un legado que se me ha hecho á término ó bajo condicion; no puedo, por consiguiente, accionar contra el heredero para la inmediata ejecucion del legado, pero tengo el derecho de dirigirme al pretor, quien ordenará al heredero que me prometa cumplir el legado al *dies venit*, y garantirme la promesa por fideyusores. Esta garantía tenia por objeto protejerme contra las disipaciones del heredero, que podia llegar á ser insolvente ántes de finir el término ó de cumplirse la condicion. (L. 5, D., *Ut in possess. legat. vel fideic.*, lib. XXXVI, tít. IV.)

Si el heredero no queria prestar satisdacion al legatario, dábase á éste la posesion de los bienes hereditarios, pero esta posesion no le daba jamás la propiedad bonitaria de dichos bienes; el legatario quedaba siempre con el carácter de mero custodio. (*Missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit: nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur*. L. 5, *pr.*, D., *eod.*)

Estipulaciones edilicias.—Los ediles intervenian tambien para ordenar ciertas estipulaciones y principalmente aquellas por las que se obliga al vendedor de un esclavo ó de un animal á prometer que este esclavo ó este animal se hallan exentos de vicios redhibitorios. (L. 1, § 1, D., *De ædil. edict*, lib. XXI, tít. I.)

De las estipulaciones comunes.—Las estipulaciones comunes son aquellas que pueden tener lugar así en el órden del pretor (*in jure*) como del juez (*in judicio*). Dos ejemplos de este linaje de estipulaciones cita la Instituta, cuales son: la *rem pupilli salvam fore* y la *de rato*.

1° *Rem pupilli salvam fore.*—Imponia la ley á ciertos tutores, al tiempo de comenzar el desempeño de sus funciones, la obligacion de prestar al pupilo una *satisdacion*, esto es, pre-

sentar fideyusores que se comprometiesen, mediante ciertas formalidades, á responder de la buena administracion de dichos tutores (1). Por regla general el cuidado de proveer á esta satisdacion era una de las atribuciones propias del pretor.

Suponiendo, empero, que un tutor no ha prestado caucion, debiendo prestarla, ya por negligencia del pretor en exigírsela, ya porque el tutor ignore que ha de darla, ¿qué sucederá si este último dirige reclamaciones contra un deudor del pupilo y por medio de una accion le demanda *in judicio*? En este caso el juez, á peticion del demandado, habrá de interponer su autoridad para obligar al tutor á que preste la *cautio rem pupilli salvam fore*. Este requisito es de tal importancia que no produciria ningun efecto la sentencia pronunciada contra un tutor que litigase á nombre de su pupilo antes de haber prestado la satisdacion. (L. 3, C., *De tutor. vel curat. qui satis non dedit.*, lib. V, tít. XLII.)

2º *Cautio de rato.*—Tenia lugar en el siguiente caso: Supóngase que Ticio intenta contra mí una accion á nombre y en interés de Seyo que se halla ausente: es decir, que acciona como *procurator* de Seyo. Como el litigio sólo puede crear obligaciones entre las partes que en él figuran, cabe temer que más adelante Seyo se niegue á reconocer los actos practicados por su mandatario, y que intente contra mí una nueva accion por el mismo negocio (*ne iterum Dominus de eadem re expoliatur*). Para salvar este inconveniente podré obligar al *procurator* á garantirme, ora por su simple promesa, ora por fideyusores, que el mandante ratificará los actos practicados y el litigio sostenido por el mandatario (*ratam rem dominum habiturum*). (Gayo, C., IV, § 98.) Si á su regreso Seyo reproduce contra mí la misma demanda podré recurrir contra el *procurator* y contra los fideyusores, caso de haberlos y de ser insolvente el *procurator*. El pretor es por lo comun quien dispone la *cautio de rato*, y sólo por excepcion puede tambien ordenarla el juez.

(1) Véase, *supra*, lib. I, tít. XXIV.

TÍTULO XIX

De las estipulaciones inútiles.

Definicion.—Entiéndense por *estipulaciones inútiles* (*inutiles, nullius momenti*) las que son ineficaces, y por lo tanto no producen ninguna obligacion segun las reglas propias del derecho civil.

PRINCIPALES CAUSAS DE NULIDAD.

Una estipulacion puede ser inútil:—por el objéto;—por incapacidad de las partes;—por la forma;—por las modalidades que se le añadan.

I. *Del objeto.*

No hay obligacion que carezca de objeto. El objeto de la obligacion es aquello que se promete dar, hacer ó prestar. Todo lo que es capaz de alguna utilidad para el hombre puede ser objeto de una obligacion. (Instit., *pr.*, lib. III, título XIX.)

En el objeto de la estipulacion deben concurrir cuatro circunstancias:

1ª Ser cosa existente ó que pueda existir.

2ª Estar en el comercio de los hombres, en general.

3ª Estar en el comercio del estipulante, en particular.

4ª Ser cosa lícita y no reprobada por las leyes ni las buenas costumbres.

1º El objeto de la estipulacion debe ser *existente* ó *poder existir*. Esto significa que seria inútil una estipulacion sobre cosa que habiendo existido no existiese de presente, como, por ejemplo, el esclavo Estico á quien se creia vivo y ha muerto poco despues ó bien una cosa que jamás ha existido ni puede existir como un hipocentauro. (Instit., § 1, *eod.*)

Pero si la cosa prometida, bien que no exista de presente,

es susceptible de tener existencia más adelante, como los frutos que haya de producir un campo determinado, el esclavo que ha de nacer, etc., no seria nula una estipulacion que á tales objetos como estos se refiera; sólo que habrá de quedar en suspenso la exigibilidad de la ejecucion mientras no llegue á tener verdaderá existencia la cosa prometida, mientras, por ejemplo, no se hayan producido los frutos ó nacido el esclavo. (L. 75, D., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tít. I.)

2° El objeto de la estipulacion debe hallarse *en el comercio de los hombres*. Es preciso estudiar esta condicion bajo dos distintos puntos de vista:—el de que la cosa se halle fuera del comercio en el mismo instante de la estipulacion;—y el de que en este momento se halle dentro del comercio y más tarde quede fuera del mismo.

Caso en que se halla la cosa fuera del comercio en el momento de la estipulacion, como, por ejemplo, cuando se estipula sobre cosa sagrada (*rem sacram*) ó religiosa (*religiosam*) que se considera como profana (*quam humani juris esse credebat*) ó sobre cosa pública (*publicam*) destinada al uso constante del pueblo, como un foro, un teatro, un hombre libre tenido por esclavo. En tales casos hay nulidad radical de la estipulacion por falta de objeto, y áun cuando exista no producirá jamás ningun efecto la estipulacion. Mas, bien puede acontecer que una cosa que se halla fuera del comercio en el momento de la estipulacion venga más tarde á ser susceptible de propiedad privada, como un terreno cuando deje de ser público ó sagrado y un hombre libre cuando caiga en esclavitud, eventualidad que los contrayentes pueden haber previsto estipulando condicionalmente para el caso de que el terreno público ó sagrado pase á ser privado ó de que un hombre libre caiga en esclavitud. Poco importa que la estipulacion sea pura y simple, ó á término, ó condicional, pues viciada de nulidad desde su orígen no se tendrá por ménos inútil cualesquiera que sean los acontecimientos posteriores. (Instit., § 2, *eod.*)

Caso en que al celebrarse la estipulacion está la cosa en el comercio y *posteriormente queda fuera de él*. Tal sucede cuando, por ejemplo, el fundo prometido viene á ser sagrado ó religioso, y cuando el esclavo adquiere la condicion de hombre libre.

En estos casos la estipulacion se destruye ó extingue (*extinguitur stipulatio*); el promitente queda relevado de su obligacion, sin que, por otra parte, haya de pagar la estimacion de la cosa. Mas, para esto se requiere que el suceso posterior haya ocurrido, no sólo sin mediar falta del promitente, mas tampoco por hecho suyo (*sine facto promissoris*). (Instit., § 2, *eod.*)

3º No es bastante aun que el objeto de la estipulacion se halle dentro del comercio de los hombres en general; es preciso, además, que se halle en el comercio particular del estipulante; y así cuando el gobernador de una provincia estipula sobre un inmueble radicado en su territorio, y cuando un hereje, un judio ó un pagano, estipulan un esclavo cristiano, estas estipulaciones no surten efecto porque la cosa estipulada está fuera del comercio con relacion al estipulante (*cujus commerciun non habuerit*) (Instit., § 2, *eod.*)—*Primera observacion*: no es necesario que el objeto de la estipulacion esté en el comercio del promitente, por lo que un gobernador de provincia incapaz de estipular puede prometer un inmueble situado en la provincia. Esta estipulacion es válida y produce obligacion. (Instit., § 2, *eod.*)—*Segunda observacion*: cuando la cosa estipulada no está por su naturaleza (*natura sui*), y de un modo absoluto, fuera del comercio del estipulante, sino tan sólo á causa de un obstáculo pasajero, puede hacérsela prometer *condicionalmente* para el caso de que desaparezca más adelante aquel obstáculo relativo á su persona. Así, pues, el gobernador de una provincia, que no tiene capacidad para estipular pura y simplemente un inmueble radicado en el territorio de su mando, puede aceptar la promesa condicional, para el caso de cesar en sus funciones. De la propia suerte, cuando uno estipula que se le dará una cosa que ya le pertenece, la estipulacion es nula porque no cabe ser dos veces propietario de una misma cosa y al mismo tiempo; mas lo que sí puede hacerse sin obstáculo es estipular una cosa propia para el caso de que deje de serlo. (L. 82, *pr.*, L. 31, D., *De verb. obligat.*, libro XLV, tít. I.)

Cuando el que ha estipulado una cosa ajena adquiere más tarde la propiedad por una causa independiente de la estipulacion, ¿quedará el promitente relevado de su promesa y des-

provista la estipulacion de sus efectos? Preciso es hacer una distincion: si el promitente habia prometido la cosa al estipulante por simple liberalidad, y este último vino luego á ser propietario de la misma en virtud de título gratuito, por ejemplo, sucediendo como heredero al propietario, la estipulacion será nula y el promitente no queda obligado á dar la cosa ni á pagar su valor. Es uno de los casos á que se debe aplicar aquella tan sabida regla: «*Duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt.*» Pero si el estipulante adquirió la cosa por título oneroso, por ejemplo, en virtud de una compra, la estipulacion conservará su eficacia; y el promitente, si se obligó por pura liberalidad, siéndole imposible la entrega de la cosa, deberá pagar al estipulante otro tanto de lo que hubiese desembolsado para adquirirla. (L. 83, § 6, D., *eod.*)

¿Es permitido estipular ó prometer por otro?—La Instituta (§§ 3 y 4, *eod.*) contesta negativamente; y en efecto, aquel por quien se estipula ó por quien se promete no ha intervenido en el contrato, y por lo tanto ni puede aprovecharle ni dejarle obligado, en virtud del principio general: «*Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest.*»; aparte de que no teniendo quien estipula por otro ningun interés en el cumplimiento de la promesa, no pueden tampoco tener accion con que hacerla efectiva. (Instit., § 19, *eod.*) En cuanto al que ha prometido por otro, no hay términos hábiles para accionar contra él, puesto que no ha prometido ningun hecho personal, nada que dependa de sí mismo. (Instit., § 21, *eod.*) Pero la estipulacion en nombre de un tercero será válida y eficaz cuantas veces el estipulante haya un interés pecuniario apreciable, sin que baste un mero interés de afeccion (1). Ejemplo: un co-tutor al ceder á otro la administracion de la tutela, estipula del último *rem pupilli salvam fore.* La estipulacion, aunque celebrada para el pupilo, será válida porque el

---

(1) Esto no obstante, M. Accarias, t. II, nº 523, p. 261 y sig., opina que en rarísimos casos, de todo punto excepcionales, el juez podrá tomar en consideracion un simple interés afectivo cuando este se desprende tan claramente de la índole y objeto del contrato que no se haya ocultado á la prevision de la persona con quien se contrajo. (L. 54, D., *Mandat.*, lib. XVII, tit. I.)

tutor tiene algun interés en ella en cuanto es responsable y queda obligado por la accion de tutela, caso de que el co-tutor lleve mala administracion.

Todavía es más evidente el interés de aquel que estipula que se dará algo á su procurador ó á su acreedor. (Instit., § 20, *eod.*) Finalmente, se puede hacer eficaz la estipulacion, áun cuando el estipulante no tenga ningun interés en la ejecucion del contrato, añadiendo el pacto de una pena en favor del estipulante. (Instit., § 19, *eod.*)

Tambien es válida la estipulacion: «*¿Mihi aut Seio dare spondes?*» (Instit., § 4, *eod.*) por la cual sólo el estipulante será quien adquiera el crédito, y el único á quien incumbe intentar las acciones y obtener una condena contra el promitente. Seyo no tiene accion; es un mandatario encargado solamente de recibir el pago de la deuda. Llámasele *adjectus solutionis gratia.* (Instit., *ibid.*) (1).

Si es en principio ineficaz la promesa de un hecho de otro, no acontece lo mismo respecto á aquella por la que uno se obliga á procurar que un tercero dé ó haga una determinada cosa (*effecturum se est Titius daret.* Instit., § 3, *eod.*), ó á dar en nombre de un tercero (*Titii nomine se soluturum.* L. 97, § 1, D., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tít. I.) Además puede hacerse válida, por medio de una cláusula penal, la estipulacion pura y simple de un hecho ajeno. (Instit., § 21, *eod.*) (2).

4° El objeto de la estipulacion debe ser *lícito no reprobado por las leyes ni las buenas costumbres*. Será, pues, nula toda estipulacion que tenga por objeto un homicidio ó un sacrilegio. (Instit., § 24, *eod.*)

---

(1) El mandato conferido al *adjectus* no es como el mandato comun, revocable por la sola voluntad del mandante. (L. 106, D., *De solut.*, lib. XLVI, tít. III.) Y es que la adjuncion constituye para el promitente un derecho adquirido del cual no se le puede despojar mal su grado.

(2) Compar. art. 1119 y 1120, Cód. civil.—En el derecho español la ley 11, título XI, Part. 5ª, prohibia la promesa de que otro daria ó haria alguna cosa; ley que vino á quedar derogada por la 1ª, tit. I, libro X de la Novísima Recopilacion (que es la única del título 16 del célebre Ordenamiento de Alcalá) cuando al declarar que en cualquiera manera que parezca que uno quiso obligarse queda obligado, reconoce no ser obstáculo al contrato el que uno se obligue á que otro dará ó hará alguna cosa. En virtud de la misma ley si la obligacion fuese estipulada en favor de un tercero, tendrá éste accion para pedir el cumplimiento del contrato. (L. penúlt. C., *Ad exhib.*; L. 126, § 2, D., *De verb. oblig.*) (N. del T.)

II. *De las incapacidades.*

Las estipulaciones pueden ser nulas por causas relativas á la incapacidad de las partes, causas que pueden ser clasificadas en dos órdenes principales, á saber: nulidades que provienen de la falta de edad; nulidades que provienen de pasajeras alteraciones de las facultades mentales.

Nulidades provenientes de la falta de edad.—Durante la infancia, la incapacidad es absoluta.

El *infans* es incapaz para intervenir en una estipulacion, ya sea para desempeñar el papel de acreedor, ya el de deudor. Para contraer válidamente, importa, sobre todo, tener clara conciencia de lo que se hace, y el infante no difiere mucho del loco *quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum* (Instit., § 10, *eod.*) Es opinion general que este período de absoluta incapacidad corre hasta la edad de los siete años (1). (L. 18, C., *De jure delib.*, lib. VI, tít. XXX.)

De los siete á los catorce años (edad de la pubertad) no es posible determinar la capacidad del impúber sin distinguir entre si es *sui juris* y está *in tutela* ó bien *alieni juris* é *in potestate patris*.

El impúber *sui juris* é *in tutela* puede intervenir en los actos jurídicos, tanto para mejorar como para empeorar su condicion. Cuando hace mejor su condicion puede obrar por sí solo, sin autorizacion de su tutor; entendiéndose que mejora su condicion siempre que adquiere algun derecho. Cuando empeora su condicion puede tambien intervenir en el acto, pero mediante la presencia y autoridad del tutor; y se dice que su condicion es peor cuantas veces se obliga ó enajena, cualesquiera que sean los beneficios que reporta en cambio de la obligacion ó de la enajenacion (2).

---

(1) Véanse, en este sentido, de Savigny, *System.*, t. III, §§ 106 y sig.; Demangeat, t. II, p. 229; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 30, p. 177; Flach, *De la minorité*, p. 10 y 11; Goudsmit, *Cours des Pandectes*, § 27, p. 56; Labbé, Machelard y Gide, en sus lecciones.—Comp. M. Ortolan, t. III, p. 207, nº 1350 y sig.—Segun ciertos autores deberia limitarse la *infancia* al periodo en que el *infans* no puede hablar todavía (*fari non potest*). (L. 1, § 13, D., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tit. VII.) Véase principalmente, Ducaurroy, t. II, nº 1303.

(2) Véase más arriba, l. I, tit. XXI.

El impúber *alieni juris é in potestate patris* sólo puede intervenir en un acto jurídico al objeto de adquirir derechos de crédito en provecho del jefe de familia, pero en aquellos actos en que debiera constituirse deudor no puede figurar como parte ni áun con el consentimiento del padre de familia. (Instit., § 10, *eod.*)

De los catorce á los veinticinco años el púbero tiene plena y entera capacidad para contratar, ya tenga por objeto quedar en situacion de acreedor, ya en la de deudor. Se le ha concedido, empero, alguna proteccion, que consiste: 1° en la *restitutio in integrum* para el caso de lesion; 2° en la asistencia de un curador.

Cumplidos los veinticinco años los mayores son plenamente capaces y no se hallan ya protegidos por la *restitutio in integrum* (1).

Nulidades que provienen de alteraciones pasajeras de las facultades mentales.—El individuo atacado de locura, ó en general privado de razon, es absolutamente incapaz de dar consentimiento válido; y sabido es que no hay estipulacion sin consentimiento. Sin embargo, la incapacidad sólo persiste miéntras dura la demencia, y por esto, en sus momentos lúcidos podrá el individuo contratar válidamente. La incapacidad sigue, pues, las mismas intermitencias que la locura. (Instit., § 8, *eod.*) El pródigo legalmente declarado tal, puede hacer una estipulacion válida, pero no puede prometer. (L. 6, D., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tít. I) (2).

III. *De la forma.*

Es nula toda estipulacion que no reuna los dos elementos siguientes: el acuerdo de las partes, de las cuales una quiere

---

(1) Téngase presente que los hombres á los veinte años y las mujeres á los diez y ocho pueden, mediante la venia de edad (*veni a ætatis*) obtener los derechos de la mayor edad.—En España la concesion de la venia de edad constituye una de las *gracias al sacar* á que se refieren los artículos 1° y 2° de la ley de 14 de Abril de 1838. (Véase R. O. 19 Abril del mismo año). (N. del T.)

(2) Los ausentes, los mudos y los sordos no pueden ni estipular ni prometer por la imposibilidad material en que se hallan de llenar las solemnidades de la estipulacion.—Véase *supra*, lib. III, tít. XV, p. 475.

estipular y la otra *prometer;* y la concurrencia de ciertas formas destinadas á manifestar el acuerdo.

1º *El acuerdo entre las partes;* no basta un acuerdo *aparente*, debe ser *real.* Por ejemplo: se celebra una estipulacion que tiene por objeto un esclavo; cada una de las partes ha pronunciado el mismo nombre de *Estico*, pero refiriéndose á dos esclavos distintos del mismo nombre. Por más que las partes hayan tenido la intencion de estipular y de prometer, la estipulacion será nula, porque no habrá existido acuerdo sobre la identidad del objeto prometido; habrá dos voluntades, pero no concurso de voluntades, faltando, por lo tanto, una de las condiciones esenciales de todo contrato. (Instit., § 24, lib. III, tít. XIX.)

2º *Concurrencia de ciertas formas destinadas á manifestar el acuerdo de las voluntades.*—No basta que las partes se hallen de acuerdo; es preciso, además, que semejante acuerdo se manifieste bajo la forma de una prévia interrogacion y de una respuesta congruente. La estipulacion es, pues, inútil, si la respuesta no concuerda con la pregunta; por ejemplo, yo estipulo de Ticio diez sueldos de oro, y Ticio sólo me promete cinco, y recíprocamente.

No habrá contrato, porque el objeto de la estipulacion ó de la promesa es considerado por las partes como indivisible; y la cantidad que forma objeto de la pretension del estipulante no es la misma á que se refiere la respuesta del promitente. (Gayo, C. III, § 102; Instit., § 5, *eod.*) *Observacion.* Paulo y Ulpiano sostienen, por el contrario, que la estipulacion era válida en cuanto á cinco sueldos de oro, porque cabia descomponerla en tantas estipulaciones parciales cuantas eran las unidades contenidas en la cantidad total (1).

Cuando la interrogacion comprende varias cosas que tienen senda y distinta individualidad, y el respondiente sólo promete una ó algunas de ellas, la estipulacion se considera dividida en tantas estipulaciones cuantos son los objetos (*tot stipulationes sunt quot corpora*). Podrá suceder que el promitente sólo cumpla una ó algunas de las varias estipulaciones contenidas en la interrogacion; así, por ejemplo, el estipulan-

(1) Véase para más pormenores, Accarias, t. II, nº 500, p. 214 y sig.

te ha dicho á Ticio: «¿Prometes entregarme tu caballo y tu buey?» Si Ticio ha respondido: «Te prometo mi caballo,» sólo por este último queda obligado. (Instit., § 18, *eod.*) Pero si la estipulacion abrazaba varios y distintos objetos en forma alternativa (*Stichum aut Pamphilum dare spondes*) era nula si el promitente al responder no se referia determinadamente á uno de los objetos: *Stichum spondeo*.

En la esfera de los principios no se tenia por válida la estipulacion (*inutilis est stipulatio*) cuando hecha la demanda en forma pura y simple se hubiese dado la promesa bajo condicion ó á término, y recíprocamente; mas en la práctica hubo de pararse en la abrogacion de este rigor del derecho, admitiendo que si el cambio introducido por el promitente en el contrato, es aprobado en el acto (*incontinenti*) por el estipulante, será válida la estipulacion. (L. 1, § 3, D., *De verb. obligat.*, lib. XLV, tít. I.)

IV. *De las modalidades.*

La condicion ó el término añadidos á las estipulaciones pueden tambien ser causa de su inutilidad.

DE LA CONDICION.

Condiciones imposibles. — Será inútil la estipulacion cuando el cumplimiento de lo prometido se hace depender de una condicion imposible, como lo seria, por ejemplo, la de haber de tocar el cielo con el dedo (*uti si digito cœlum tetigeris*). Ya vimos que no sucedia otro tanto en las disposiciones testamentarias; en ellas la condicion imposible se reputa por no escrita (*pro non scripta habetur*), y la disposicion de última voluntad se juzga pura y simple. (Instit., § 10, lib. II, título XIV). Si, por el contrario, se ha estipulado bajo condicion de que no se realizará una cosa imposible, como por ejemplo, que no se alcanzará el cielo con la mano (*si digito cœlum non tetigeris*), la estipulacion es válida y la obligacion á que da lugar pura y simple (*pure facta obligatio intelligitur*). (Instit., § 11, lib. III, tít. XIX) (1).

---

(1) Consúltese Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 18-32.

Condiciones ilícitas, contrarias á las leyes y á las buenas costumbres.—Estas clases de condiciones se asimilan á las imposibles, en razon á que, como ellas, vician de nulidad los actos entre vivos (Instit., § 24, *eod.*), al paso que se consideran como no escritas cuando se consignan en una disposicion testamentaria. Bien es verdad que no en todo caso é indistintamente habrán de producir la nulidad de la estipulacion aquellas condiciones que suponen el cumplimiento de un hecho *contra leges vel bonos mores;* para la nulidad es preciso que la condicion sea *torpe,* quiere decir, que se haya concebido al propósito de incitar á la realizacion de un hecho ilícito ó inmoral. Ejemplo: Ticio promete diez escudos de oro bajo la condicion de que el estipulante cometerá un asesinato. (Instit., *ibid.*) Mas cuando, por el contrario, se ha obligado el promitente á pagar una cantidad determinada, caso de cometer una accion reprobada por la ley ó las buenas costumbres, la estipulacion podrá ser perfectamente válida. Tal seria, por ejemplo, aquella por la que una mujer al tiempo de contraer matrimonio estipulase de su marido una cierta cantidad para el caso de que durante la union conyugal reanudase las relaciones que anteriormente habia mantenido con una concubina (*si concubinæ, tempore matrimonii, consuetudinem repetiisset*). (L. 121, § 1, D., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tít. I; L. 50, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV). La condicion nada tiene de inmoral, y por esto es eficaz la promesa; las partes contratan con sana intencion, y al objeto de impedir el mal por la amenaza de incurrir en una pena pecuniaria.

De la estipulacion prepóstera.—Llámase *prepóstera* la estipulacion en la que se fija el cumplimiento de una obligacion condicional para un tiempo anterior á la misma efectividad de la condicion. Tal es, por ejemplo, la siguiente: «Si la nave *tal* llega un dia del Asia, ¿me prometes darme hoy?» (*¿Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?*) Esta fórmula implica una contradiccion, pues, en efecto, la obligacion se cumple ántes de hallarse verdaderamente perfeccionada; el efecto es anterior á la causa. (Instit., § 14, *eod.*) Hasta el reinado de Leon túvose constantemente por inútil la estipulacion prepóstera; mas el citado Emperador la declaró obligatoria en las

convenciones relativas á la dote (*in dotibus eamdem stipulationem non esse rejiciendam existimavit*). Más tarde Justíniano hizo extensiva esta disposicion á todo linaje de estipulaciones (*non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis*). Sólo se deja sin efecto la obligacion de dar inmediatamente, suprimiendo la palabra *hodie*, con lo cual ya no queda más que una obligacion condicional, cuyo cumplimiento no podrá reclamarse hasta que se realice la condicion. (Instit., *ibid.*)

DEL TÉRMINO (1).

Era inútil la estipulacion cuyo cumplimiento habian las partes diferido hasta despues de la muerte del estipulante («¿*Post mortem meam dari spondes*?») ó del promitente («¿*Quum mortuus eris, dari spondes*?»). Gayo explica la razon de la inutilidad en este caso, diciendo que parece contrario á los principios del derecho el que la obligacion pueda comenzar á surtir sus efectos en la persona de los herederos (*inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem*). (Gayo, C. III, § 100; Instit., § 13, lib. III, tít. XIX). El heredero debería entónces considerarse como persona independiente de su antecesor, puesto que se hallaria ejercitando un derecho que no tuvo el difunto. Estipular para el heredero ó prometer por él, seria, pues, ni más ni ménos que estipular ó prometer para un tercero, y ya es sabido que no era válida la estipulacion ni la promesa hecha para tercera persona (2).

De la propia suerte se le vedaba al esclavo estipular *post mortem domini* y al hijo de familia *post mortem patris*, porque se juzgaba que era el señor quien estipulaba por medio de su esclavo y el padre quien lo hacia por medio del hijo de familia (*quia patris vel domini voce loqui videtur*. Instit., § 13, *eod.*)

Tambien era nula toda estipulacion, cuyo cumplimiento se aplazaba para la *víspera* de la muerte, ora fuese la del estipu-

---

(1) Véase, *supra*, lib. III, tít. XIII, p. 395.

(2) Véase, sin embargo, lo que se ha dicho anteriormente (pág. 435, texto y nota 1ª respecto á la estipulacion hecha nominativamente por el siervo hereditario para el futuro heredero. (N. del T.)

lante (*«Pridie quam moriar»*), ora la del promitente (*«Pridie quam morieris»*). La razon está, dice Gayo (C. III, § 100; Instit., *ibid.*), en que no es posible saber cuál sea la víspera de la muerte hasta que ha ocurrido la de la persona de quien se trata, por lo que viene á ser lo mismo que si se estipulase para una época posterior á la muerte de una de las partes, lo cual seria una estipulacion prepóstera.

Para eludir la prohibicion de estipular *post mortem meam* ó *pridie quom moriar* pudo apelarse á la intervencion de un *adstipulator* que estipulase accesoriamente la misma cosa *post mortem prioris stipulatoris* (Gayo, C. III, §§ 110 y sig.) Como el primer estipulante era, en realidad, una tercera persona para el estipulador, no habia dificultad en estipular *post mortem alterius*. (Instit., § 16, *eod.*) Al fallecer el primer estipulante quedaba como acreedor el segundo, es decir, el adstipulador; mas venia obligado por la accion de mandato á trasmitir á los herederos del *stipulatoris* todos los provechos que le resultasen de la estipulacion. (Gayo, C. III, § 117.)

Era válida la estipulacion á la que se daba por término el mismo instante de la muerte, ya fuese la del estipulante, (*Quum moriar, ¿dari spondes?*) ya la del promitente, (*Quum morieris, ¿dari spondes?*) (Instit., § 15, *eod.*). Gayo (C. III, § 100) lo explica diciendo que la obligacion habrá comenzado á existir en vida del estipulante ó del promitente; porque el momento de la muerte no es más que el último instante de la vida (*non post mortem... sed ultimo vitæ tempore*).

Justiniano hizo desaparecer estas distinciones sutiles del antiguo derecho, declarando que las estipulaciones *post mortem stipulatoris vel post mortem promissoris*, así como las estipulaciones *pridie quam moriar* ó *pridie quam morieris*, inútiles dentro del antiguo derecho, fuesen válidas de igual manera que lo eran ya las que hemos indicado con las palabras *quum moriar* ó *quum morieris*, y no ménos que la estipulacion *post mortem alterius*.

TÍTULO XX

De los fiadores.

El afianzamiento ó *adpromissio* es el acto por el cual una persona se obliga en forma verbal y subsidiariamente á un principal obligado cuya deuda garantiza.

Antes de Justiniano se distinguian en tres clases los deudores accesorios (*adpromissores*), á saber:—1ª, los *sponsores;*—2ª, los *fidepromissores*;—3ª, los *fidejussores*.

I. *De los sponsores:*

La *sponsio* era la forma primitivamente adoptada para contraer obligaciones accesorias. Era esta la fórmula:—*Spondesne mihi dari centum? Spondeo*. (Gayo, C. III, § 116.)—La *sponsio* era propia solamente de los ciudadanos romanos y para ella debia emplearse inescusablemente la lengua latina. (Gayo, C. III, § 93.)

II. *De los fidepromissores.*

Hé aquí la fórmula de la *fidepromissio*: — *Fidepromittisne mihi dari centum? Fidepromitto* (Gayo, C. III, § 116). Introdújose para utilizarla en las relaciones entre peregrinos, ó entre peregrinos y ciudadanos romanos; mas estos últimos acabaron por adoptarla tambien para sí, áun cuando ambas partes contratantes comulgasen en el derecho de ciudadanía. La mentada fórmula podia pronunciarse en cualquier idioma extranjero.

III. *De los fidejussores ó fiadores.*

La fórmula de la *fidejussio* ó fianza era la siguiente:—*Fidejubesne mihi dari centum? Fidejubeo*. (Gayo, C. III, § 116; Instit., § 7, lib. III, tít. XX.)

DIFERENCIAS ENTRE LA SPONSIO Y LA FIDEPROMISSIO Y ENTRE ESTAS Y LA FIDEJUSSIO.

1° La *sponsio* y la *fidepromissio* podian garantir cualquiera obligacion, aunque fuese completamente nula, miéntras se hubiese contraido en forma de estipulacion. (Gayo, C. III, § 119.) —La *fidejussio* únicamente podia garantir obligaciones civiles ó por lo ménos las que tuviesen una existencia natural. (Instit., § 1, lib. III, tít. XX.)

2° La *sponsio* y la *fidepromissio* sólo podian acompañarse con las obligaciones principales contraidas verbalmente (*verbis*). (Gayo, C. III, § 119.)—La *fidejussio*, por el contrario, podia utilizarse para dar caucion en toda suerte de obligaciones, fuesen verbales, reales, literales, consensuales ó derivadas *ex delicto*. (Instit., § 1, *eod.*)

3° La *sponsio* y la *fidepromissio* sólo podian garantir una obligacion de *dar*, al paso que la *fidejussio* no garantiza únicamente las obligaciones de *dare*, sino tambien las consistentes en *præstare* ó *facere*.

4° La obligacion de los *sponsores* y la de los *fidepromissores* era personal y no se trasmitia á sus herederos, de suerte que al fallecer el deudor accesorio quedaba privado de su garantía el acreedor. (Gayo, C. III, § 120.)—La obligacion contraida por los *fidejussores*, al igual que la generalidad de las obligaciones, era trasmisible á sus herederos. (Instit., § 2, *eod.*)

5° Segun la ley *Furia* (1) la obligacion de los *sponsores* y de los *fidepromissores* quedaba extinguida por el trascurso de dos años (*biennio liberabantur*). (Gayo, C. III, § 121.) El punto de partida de semejante plazo no era el momento en que se contraía la obligacion, sino el momento en que se hacia exigible (2).—La obligacion de los *fidejussores*, por el contrario, no

(1) No se conoce con certeza la fecha de esta ley; fíjanla, sin embargo, la mayor parte de los autores en el año 659 de la fundacion de Roma.

(2) Esta es, por lo ménos, la opinion en que concuerdan Machelard, *Traité des obligations naturelles*, p. 454 y sig.; Demangeat, p. 278, nota 5; Accarias t. II, n° 560, p. 343; Labbé, *en sus lecciones*.

se hallaba limitada por un lapso de tiempo, sino que subsistia perpétuamente (*perpetuo tenentur*). (Gayo, *ibid.*)

6° En virtud de la ya mentada ley *Furia*, la obligacion de los *sponsores* y de los *fidepromissores* se dividia de *pleno derecho* entre los diversos *sponsores* ó *fidepromissores* existentes al tiempo del vencimiento de la obligacion principal, ya fuesen solventes, ya insolventes los deudores accesorios. (Gayo, C. III, § 121.)—Por el contrario, en caso de haber varios fiadores no era la deuda igualmente divisible; el acreedor podia exigirla íntegramente á uno cualquiera de los fiadores (*liberum est creditori a quo velit solidum petere*), bien que, por un rescripto de Adriano, el fiador demandado por la totalidad de la deuda podia solicitar del pretor que se practicase una division entre los varios co-fiadores solventes (*si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat.* Instit., § 4, *eod.*) A esto se dió el nombre de beneficio de division (1).

La *sponsio* y la *fidepromissio*, habian caido en desuso por los tiempos de Justiniano, y esto explica el silencio que guardan acerca de esta materia las Instituciones de dicho Emperador.

DE LA FIANZA.

¿Qué consecuencia cabe deducir partiendo del principio de que la fianza es una obligacion accesoria?

Estas consecuencias son varias, á saber:

1° Que la fianza no puede existir si no existe una obligacion principal que la justifique. Cierto es que puede constituirse la fianza antes que la obligacion principal, mas en tal caso, la obligacion del fiador queda en suspenso hasta que la principal se haya constituido. (Instit., § 3, *eod.*)

2° Que la fianza no puede tener objeto distinto del que tenga la obligacion principal. Será nula, pues, la promesa de un fiador que consista, por ejemplo, en suministrar trigo cuando la obligacion principal tenia por objeto una cantidad de dinero. (L. 42, D., *De fidej.*, lib. XLVI, tít. I.)

---

(1) Véase más adelante, p. 458.

3º Que la obligacion accesoria del *fidejussor*, no puede tener mayor alcance que la obligacion principal (*nec plus in accesione esse potest, quam in principali re.*) Cuando el deudor en primer lugar obligado ha prometido cinco, no puede prometer diez el fiador; si el primero se ha obligado á término ó bajo condicion, el segundo no puede prometer pura y simplemente. ¿Qué sucede cuando el *fidejussor* se ha obligado *in duriorem causam*, es decir, ha prometido más de lo á que se obligó el deudor principal? ¿Subsistirá la fianza y será válida en la medida que alcance la obligacion principal? Si el fiador, por ejemplo, ha prometido diez, siendo así que la obligacion principal sólo alcanzaba á cinco, ¿quedará obligado aquél hasta el importe de aquellos cinco? Algunos autorizados intérpretes del derecho romano sostienen la opinion afirmativa (1), que se apoya en la leyes 11, § 1, 12, D., *De const. pec.*, lib. XIII, tít. V; 8, D., *De fidej.*, lib. XLVI, tít. I; 33, D., *Mandat.*, libro XVII, tít. I.—M. Labbé, sin embargo, ha sostenido en su cátedra una opinion contraria. Segun el docto profesor, el *fidejussor* que se ha comprometido *in duriorem causam*, no queda obligado bajo ningun concepto: su promesa carece de todo valor. La razon estriba en que la fideyusion es un contrato de estricto derecho, que será enteramente válido ó enteramente nulo (2). Sin embargo, el vínculo que por la fideyusion se crea, puede ser más estrecho aún que el producido por la obligacion principal. Esto es lo que acontece cuando por medio de la fideyusion se garantiza una obligacion natural. (Instit., § 5, *eod.*)

Pero si no le es dado al *fidejussor* obligarse *in duriorem causam*, no hay obstáculo para que lo haga *in leviorem causam*, prometiendo ménos de lo que prometa el deudor principal. Si pues, debe diez este último, el fiador puede válidamente obli-

---

(1) Son estos, entre otros, Demangeat, t. II, p. 280; Thézard, *Répét. écr.*, p. 244; Gide, en sus lecciones.

(2) Véase, en este sentido, de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 142; Maynz, t. II, § 347, p. 408, texto y nota 8; Namur, *Cours d'Instit.*, 2ª edic., t. II, § 323, p. 86; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 179, p. 631; Accarias, t. II, nº 563 p. 353.— La ley 7, tít. XII, Partida 5ª, establece que cuando la fianza es en mayor cantidad que la deuda principal, no es nula, sino que no vale en cuanto al exceso. (N. del T.)

garse por cinco, de igual manera que puede obligarse bajo condicion ó á término en favor de aquel que se obligó pura y simplemente. (Instit., § 5, *eod.*)

Recursos que al fiador que ha satisfecho la deuda le competen contra el deudor principal.—Conviene distinguir algunos casos: 1º Si el fiador se hubiese obligado en fuerza de un mandato que recibiese del deudor principal, podia recurrir á la accion de mandato contraria (*mandati contraria*. Instit., § 6, *eod.*); 2º si el fiador se obligó expontánemente y sin conocimiento del deudor principal, tenia en su favor la accion de gestion de negocios (*negotiorum gestorum*); 3º si el fiador se habia obligado contra la voluntad deldeudor principal ó con el intento de hacerle una liberalidad, no tenia contra él recurso de ninguna especie. (L. 24, C., *De negot. gest.*, lib. II, tít. XIX; L. 6, § 2 D., *Mandat.*, lib. XVII, tít. I.)

DE LOS DISTINTOS BENEFICIOS CONCEDIDOS Á LOS FIDEJUSSORES.

Tres fueron los beneficios introducidos con el objeto de mejorar la situacion de los *fidejussores*, al propio tiempo que favorecer la concurrencia de los deudores subsidiarios que prestaban más firmes garantías á las obligaciones. Estos beneficios eran: el de *division*; el de *cesion de acciones*; el de *órden* ó de *excusion*.

I. *Beneficio de division.*

Este beneficio introducido por un rescripto de Adriano, tenia lugar cuando se daba el caso de concurrir varios fiadores, y consistia en permitir al co-fiador, á quien exclusivamente se hubiere demandado, que obligase al acreedor á dirigir á la vez su accion contra él y los demás co-fiadores que se hallasen en condicion de solvencia en el momento de la *litis contestatio*. (Instit., § 4, *eod.*)

¿Cuándo se debia pedir la division?—El beneficio de division debia invocarse ante el magistrado (*in jure*), cuando el pretor daba la fórmula á las partes.

No todos los *fidejussores* ó fiadores podian igualmente invocar el beneficio de division, del cual estaban privados: 1º los fiadores que, presentados por el tutor, habian prometido *rem pupilli salvam fore* (L. 12, D., *Rem pup. salv. fore*, lib. XLVI, tít. VI); 2º los fiadores que habian comenzado por negar su cualidad de tales. (L. 10, § 1, D., *De fidej.*, lib. XLVI, tít. I.)

II. *Beneficio de cesion de acciones.*

Consistia el beneficio de cesion de acciones, en el derecho que gozaba el fiador de obligar al acreedor á cederle las acciones que le competian, así contra el deudor principal, como contra los restantes fiadores. De esta suerte, y propiamente hablando, no era que el fiador pagase la deuda, sino que compraba los derechos y acciones del acreedor mediante un precio idéntico al montante de la deuda; cuyo precio se depositaba en manos del magistrado. (L. 36, D., *eod.*)

¿Cuándo se debia invocar este beneficio?—El fiador que pretendia obtener por medio de la cesion todos los derechos del acreedor, se hallaba en el caso de invocar este beneficio antes del pago, porque una vez verificado este, quedaban extinguidas todas las acciones, y en tal estado ya no podian ser objeto de cesion (1). Era preciso, por otra parte, que el fiador no dejase transcurrir el tiempo de la *litis contestatio*. (LL. 30 y 76, D., *eod.*)

Carácter de este beneficio.—La cesion de acciones no transferia la cualidad de acreedor, mas permitia al fiador accionar como *procurator* en nombre del primero. Era esta una especie particular de mandato, conocida bajo el nombre de *mandatum in rem suam*. Por dos conceptos se distinguia este mandato del comun ú ordinario: 1º, porque el fiador *procurator in rem suam* no debia rendir cuentas al acreedor; 2º, porque era mandatario por su cuenta y riesgo y no se le daba ningun recurso contra el acreedor su mandante.

---

(1) Como hace observar muy atinadamente M. Accarias, t. II, nº 563, p. 358, el acreedor no está obligado á conservar sus acciones para cederlas al fiador; no debe cederle más que aquellas de las cuales ha continuado disponiendo, tales como existan y sin garantia ninguna de su eficacia.

Efectos de la cesion de acciones.—A consecuencia de esta cesion de acciones el fiador se aprovechaba de los derechos de prenda, de hipoteca y de privilegio ó prioridad que tal vez acompañasen al crédito principal. (L. 59, D., *eod.;* LL. 11 y 14, C., *De fidej.*, lib. VIII, tít. XLI). Conviene advertir, sin embargo, que en virtud de la cesion de acciones el fiador sólo podia dirigirse contra su co-fiador por la parte que á éste correspondiese en el pago de la deuda.

III. *Beneficio de órden ó de excusion.*

Este beneficio introducido, y mejor dicho, restablecido por una Novela de Justiniano (Nov. IV, cap. I), consistia en que el fiador, á quien el acreedor se dirigia, pudiese evadir los efectos de la reclamacion, remitiéndole á la excusion prévia del deudor principal. Excutir al deudor principal no significa otra cosa que averiguar si poseia bienes suficientes para el pago de la deuda. Si la pagaba íntegramente, quedaba el fiador liberado; si pagaba sólo una parte, venia á cargo del fiador el pago de lo restante. (Nov. IV, *pr.* y cap. I.)

El beneficio de excusion no se concedia jamás á los banqueros (*argentariis*). (Nov. CXXXVI, *pr.* y cap. I.)

APÉNDICE

De la intercesion de las mujeres y del senado-consulto Veleyano.

Senado-consulto Veleyano.—Fué un decreto expedido á propuesta de los cónsules Marco Silano y Veleyo Tutor, con el objeto de prohibir á las mujeres que se obligasen por las deudas de otros (*pro aliis reæ fierie*), ó para usar la expresion clásica que *intercediesen por otro*. (*In omni genere negotiorum et obligationem tam pro viris quam pro feminis intercedere mulieres prohibentur*). No es conocida la fecha de este senado-consulto, mas cabe colocarla entre el advenimiento de Claudio (L. 2, D., *Ad sen. cons. Vellej.*, lib. XVI, tít. I) y la muerte de Vespasiano. (L. 16, § 1, D., *eod.*) (1).

¿Cuál fué su objeto?—No se promulgó este senado-consulto, atendiendo al provecho de las mujeres ni al interés de sus dotes, ni fué tampoco una extension de los edictos de Augusto y de Claudio, que habian prohibido á las mujeres interceder en favor de sus maridos; sólo se inspiró en el principio tradicional que excluia á las mujeres de todo cargo ú oficio viril. El senado-consulto Veleyano fué dado, pues, *contra* las mujeres con el objeto de restringir su capacidad y de limitar su influencia. (L. 2, § 1, D., *eod.*) (2).

---

(1) Véase acerca de este punto, M. Gide, *Etud. sur la condition privée de la femme*, p. 173, nota 4.—Compárese Ortolan, t. III, n° 1410; Etienne, *Instit. de Justinien.*, t. II, p. 153; Maynz, t. II, § 350, p. 418; Namur, 2ª edic., t. II, § 331, p. 92; Van Wetter, t. I, § 178, p. 626.

(2) Véase en este sentido, M. Gide, *ob. cit.*, p. 174.—Compar. MM. Laboulaye, *Recherches sur la condition privée de la femme*; Dubois, *Condition de la femme sous le rapport du st. Velléien*; Maynz y Namur, *loc. cit.*; Accarias, t. II, nº 576, p. 375.

Caso en que se aplicaba el senado-consulto Veleyano. —Intercede la mujer por otro cuando se asocia á un deudor para compartir con él la carga de la deuda, ó se sustituye á él para librarle de responsabilidad. Por lo demás, la intercesion puede hacerse, ora por una *expromissio*, ora por una *exponsio*, ora por una *fidepromissio*, ora por una *fidejussio*, ora por un *mandatum credendæ pecuniæ*, ora por un constituto, ora, en fin, por la constitucion de una prenda ó de una hipoteca. No basta que la mujer se obligue; es preciso para que haya lugar á la aplicacion del senado-consulto que se obligue *por otro*. Si al obligarse no hace suya la obligacion de otro, es válida la que contraiga, puesto que si es incapaz de interceder no lo es asimismo de contraer obligaciones. Es preciso, además, no sólo que se haya obligado simplemente *por otro*, sino que haya sido *en interés de otro*. Si al obligarse por tercera persona logra con semejante acto algun provecho personal, si lleva de antemano alguna mira interesada, ya no cabe decir que *intercede*, segun la acepcion propia de la palabra. (L. 27, § 2; L. 8, § 2, D., *eod.*) Por esta razon lo que más importa conocer es la intencion que lleva la mujer, y así, cuantas veces *ha querido* negociar en interés propio, no se dirá que hubo intercesion, sea cualquiera el perjuicio que experimente; mas si al obligarse tuvo en cuenta de consuno el interés propio y el interés ajeno, ó se ha obligado por sí hasta el límite de lo que se le permite y á favor de otro por lo que de esto excede, su obligacion sólo es válida parcialmente. (L. 1, § 4, D., *De pign. et hypoth.*, libro XX, tít. I). Esto suele acontecer con frecuencia cuando la mujer se obliga en concepto de co-deudora solidaria (1). Por último, es preciso que el acto que lleve á cabo la mujer, bien que realizado en interés de otro, no constituya una donacion, porque si la mujer es incapaz para interceder no lo es asimismo para donar.

Medio de defensa que proporciona el senado-consulto Veleyano.—La mujer que se ha obligado, y á la que dirige sus reclamaciones un acreedor, puede defenderse por la excepcion del senado-consulto (*ei per exceptionem Vellejani sena-*

---

(1) M. Demangeat, *Des obligat. solid. en dr. rom.*, p. 345.

tus-consulti succurritur), ó repetir por la *condictio indebiti* lo que haya pagado de la deuda por ignorancia del recurso que le concedia el senado-consulto. (LL. 3 y 16, C., *Ad senat. cons. Vellej.*, lib. IV, tít. XXIX) (1). Los herederos de la mujer, aquellos que han constituido prendas á su favor, lo mismo que sus mandatarios, pueden invocar la nulidad declarada por el senado-consulto Veleyano.

Legislacion de Justiniano.—El Emperador introdujo varias modificaciones en el senado-consulto de que nos ocupamos. Una de ellas fué la de distinguir entre la intercesion en provecho de un tercero y la intercesion en provecho del marido. Si la mujer se ha obligado *en favor de un tercero*, es decir, de otro cualquiera que no sea su marido, queda subsistente la obligacion, segun Justiniano, siempre que haya mediado una justa causa (LL. 24, 25, C., *eod*), ó que se reconozca en la deudora la voluntad deliberada y constante de contraer la obligacion. Así, pues, la intercesion será válida si la mujer la ratifica despues de un intérvalo de dos años (L. 22, C., *eod*); tambien lo es cuando declara que ha recibido alguna cosa como precio de su intercesion, por inverosímil que aparezca su aserto; y lo es, finalmente, cuantas veces conste por documento público en que figuren las firmas de tres testigos. Si la mujer se ha obligado *por su marido* la intercesion es nula, pero con nulidad tan radical y absoluta que nada pueden contra ella todas las ratificaciones, todas las renuncias y todas las solemnidades posibles. Sólo una excepcion admite Justiniano á esta regla, y es para el caso en que la obligacion redunde, con toda evidencia, en provecho de la mujer. (Nov. CXXXIV, cap. VIII.)

De esta suerte, como discretamente observa M. Gide (2), la antigua incapacidad veleyana se halla substituida por una incapacidad completamente nueva; desde aquel momento la incapacidad de la mujer ya no proviene de su sexo (*sexus imbecillitati*) sino de su condicion de mujer casada; ya no se atri-

---

(1) Por el contrario, el pago hecho contra las disposiciones del senado-consulto Macedoniano no da lugar á la *condictio indebiti*. Véase *infra*, lib. IV, tit. VII.

(2) *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 220.

buye su fundamento á consideraciones de órden público sino á las relaciones de familia é intereses de órden privado. Garantir la dote, no sólo contra las disipaciones del marido, sino tambien contra las mismas debilidades y complacencias de la mujer, tal fué la mira que presidió á la reforma de Justiniano (1).

TÍTULO XXI.

De las obligaciones literales.

Definicion.—La obligacion literal es aquella que tiene su causa y su principio generador en la fórmula escrita, así como la obligacion verbal nace de la solemnidad de la interrogacion y su respuesta.

De los adversaria.—En Roma existia entre los jefes de familia la costumbre de consignar dia por dia en un cuaderno borrador comparable al *libro-diario* de nuestros comerciantes y que llamaban *adversaria*, todas sus operaciones, entradas y beneficios, gastos y pérdidas de toda índole.

De las tabulæ ó codex.—A los fines de mes practicaba el jefe de familia el extracto de todas las operaciones inscritas en los *adversaria*, consignándolos entónces metódica y ordenadamente en las *tabulæ ó codex*, especie de registro que ofre-

---

(1) Véase, acerca la influencia ejercida por el senado consulto Veleyano en el terreno del derecho escrito, Gide, p. 143 y sig.; Arth. Desjardins, *Le senatus consulte Velléien dans la législat. franc.*, *Rev. crit. de législat.*, t. XXX, p. 148.—En el derecho español, la ley 3ª, tit. XI, libro X de la Novísima Recopilacion (que es la 61 de Toro) establece que la mujer no se pueda obligar por fiadora de su marido, que si se obligaren ambos cónyuges de mancòmun la mujer no sea obligada á cosa alguna, salvo si la deuda se convirtió en provecho de ella, á ménos que este provecho sea en cosas que el marido le era obligado á dar (vestido, manutencion, etc.) en cuyo caso no hay tampoco obligacion para la mujer. Esta no puede, durante el matrimonio, contratar sin licencia del marido, ni estar en juicio, ni renunciar á sus derechos; pero puede el marido ratificar lo hecho sin licencia. (Leyes 55, 56 y 58 de Toro, XI, XII y XIV del tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion.) (N. del T.)

ce grande analogía con el libro *Mayor* de nuestros comerciantes (1).

Autoridad de los adversaria y de las tabulæ ó codex. —Los *adversaria* estaban poco ménos que despojados de todo valor jurídico, al paso que las *tabulæ* hacian plena y entera fé en juicio. (Ciceron, *Pro* Q. *Boscio, orac.* 3, § 2).

DE LOS ARCARIA NOMINA Y DE LOS TRANSCRIPTITIA NOMINA.

Las inscripciones de créditos en los libros domésticos á nombre de una persona determinada, tomaban la denominacion genérica de *nomen, nomina,* palabra equivalente á *crédito.*

No todas las inscripciones ó asientos consignados en las *tabulæ* tenian el mismo valor jurídico, puesto que unas veces la escritura sólo servia como un medio de prueba, y otras veces daba orígen á una obligacion constituyendo un contrato *sui generis,* que es el llamado contrato literal.

Llamábanse *arcaria nomina* los asientos del libro que sólo tenian eficacia probatoria, pero que no eran fuente de obligacion. Si, por ejemplo, el padre de familia consignaba en sus libros domésticos á nombre y por cuenta de tal ó cual individuo, una cantidad que le hubiese dado en préstamo, dicha inscripcion no era más que un medio para justificar la realidad del hecho, porque la única circunstancia que puede por sí sóla engendrar un verdadero *mutuum* es la numeracion y la entrega de las especies. (*Numeratio autem pecuniæ creditæ facit obligationem; qua de causa recte dicimus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere.* (Gayo, C. III, § 131.) Los *arcaria nomina,* por consiguiente, podian servir tambien como pruebas de las obligaciones contraidas entre peregrinos, toda vez que la obligacion no se formaba precisamente por la inscripcion en el libro sino por la numeracion de las especies, lo cual pertenece al derecho de gentes (*quod genus obligationis juris gentium est*). (Gayo, C. III, § 132).

---

(1) *Sic,* Demangeat, t. II, p. 288; Labbé, en sus lecciones.—Segun Maynz, t. II, § 332, p. 338, nota 7, y Gide, *Observations sur le contrat litteris, Rev. de législat.,* 1873, p. 122 y 123, las *tabulæ* ó *codex* debieron asemejarse al *libro de caja* de nuestros comerciantes y no al libro *Mayor.*

Llamábanse *transcriptitia nomina* los asientos ó anotaciones consignadas en las *tabulæ* con la fórmula consagrada, las cuales por sí solas constituian una obligacion literal. El hecho generador de la obligacion, pues, era el escrito y sólo el escrito. Si, por ejemplo, un padre de familia consigna en sus *tabulæ* la siguiente fórmula, mediante la conformidad de Sempronio que quiere constituirse deudor suyo: «*Expensum Sempronio decem,*» este padre de familia, por el mero hecho de la inscripcion, se hallará ser acreedor de Sempronio por un valor de diez, de igual suerte que si por una estipulacion hubiese logrado que Sempronio le prometiese dicha cantidad. La palabra *expensilatio*, que suele usarse para indicar el contrato literal, deriva de *expensum*, palabra que figura en la fórmula que dá lugar á la obligacion.

Por regla general la nota ó asiento consignado por el acreedor en sus *tabulæ* (*Expensum Sempronio decem*) correspondia y se corroboraba con otra inscripcion correlativa en las *tabulæ* del deudor (*Acceptum a Titio decem*). Mas ¿era indispensable la coexistencia de ambos asientos para que se tuviese por realizado el contrato literal? ¿No se perfeccionaba éste sino hasta que el deudor hubiese inscrito entre el pasivo de su libro-registro la misma cantidad que habia consignado en el suyo, y en concepto de activo, el acreedor? Es hoy dia poco ménos que unánime la opinion negativa (1), quiere decirse que no era necesaria la inscripcion en el libro del deudor para que se tuviese por cierta la existencia de una obligacion literal.

SEMEJANZAS ENTRE LA EXPENSILACION Ó CONTRATO LITERAL Y LA ESTIPULACION Ó CONTRATO VERBAL.

1º En la estipulacion intervienen dos personas; la del estipulante y la del promitente, y de la propia manera en la ex-

---

(1) *Sic*, Ortolan, ***Explicat. hist. des Instit.***, t. III, nº 1421, p. 249, y ***Du contrat formé par l'escriture chez les Romains, Rev. de legisl. et de jurispr.***, t. XIV, p. 67 y sig.; de Fresquet, t. II, p. 155; Demangeat, t. II, p. 293; Maynz, t. II, § 332, p. 341, nota 32; Gide, ***Observation sur le contrat litteris, Rev. de législ.***, 1873, p. 137 y 138; Labbé, en sus lecciones.—Comp. Namur, 2ª edic., t. II, § 73; Van Wetter, t. I, § 223, p. 818.

pensilacion habia un acreedor que consignaba en sus libros la cantidad como pesada y entregada á su deudor, y este deudor que á su vez la consignaba en su propia contabilidad como pesada y recibida de su acreedor.

2º Así como en la estipulacion debian pronunciarse palabras sacramentales, en la expensilacion debian usarse determinadas fórmulas solemnes.

3º La estipulacion como la expensilacion eran contratos de estricto derecho que daban orígen á la *condictio certi.*

4º La estipulacion y la expensilacion, eran antes bien modo de obligacion que contratos particulares. Usábanse frecuentemente ambas para novar obligaciones preexistentes, ya en obligacion verbal ya en obligacion literal (1).

DIFERENCIAS ENTRE LA EXPENSILACION Y LA ESTIPULACION.

1ª Que la estipulacion no podia tener lugar sino *inter præsentes*, mientras que, por el contrario la *expensilatio* podia verificarse *inter absentes.* (Gayo, C. III, § 138.)

2ª Que la estipulacion se hacia extensiva á toda suerte de obligaciones, y así podia tener por objeto la entrega de una cosa determinada, en cuyo caso llamábase *cierta* y producia la *condictio certi*, como podia consistir en un hecho que se prometiese ejecutar ó del que se prometiese abstenerse, y entonces se llamaba *incierta* y daba lugar á la accion *ex stipulatu* ó *condictio incerti*; al paso que la expensilacion se hallaba limitada á las obligaciones de cantidad cierta, de sumas de dinero (*pecuniæ certæ*). No podia ser otro su objeto ni dar lugar á más accion que á la *condictio certi.*

3ª Que mientras la estipulacion solia modificarse por diversidad de condiciones, la expensilacion no era susceptible de condicion ninguna. (*Frag. vatic.*, § 329.)

¿De cuántas maneras se hacian los nómina transcriptitia?—De dos maneras, á saber: *a re in personam* ó *a persona in personam.*

A re in personam, cuando un acreedor anotaba en su libro

---

(1) Véase, *infra*, tit. XXIX, p. 551, texto y nota 1.

como pesado (*expensum*) por cuenta de una persona lo que ya esta debia por título de compra, de alquiler, de sociedad ó por otro cualquier motivo preexistente. La primitiva obligacion quedaba extinguida y reemplazada por la nueva obligacion contraida *litteris*. (Gayo, C. III, § 129). El acreedor lograba con esta operacion una doble ventaja: 1º que el objeto de su crédito era desde aquel instante un *certum* cuyo pago podia entonces exigir por medio de una *actio stricti juris;* 2º que la novacion verificada le colocaba al abrigo de las excepciones á que el deudor habria podido recurrir en el caso de haberse utilizado las acciones *venditi*, *lócati*, *pro socio*, etc.

A persona in personam, cuando, por ejemplo, anotaba yo en mi libro á cuenta de Ticio lo que me debia Seyo en virtud de un contrato literal; cosa que sólo tenia lugar cuando Seyo me hubiese designado á Ticio para sustituirle en su condicion de deudor. (Gayo, C. III, § 130). El asiento en que se hacia constar como deudor á Ticio, anulaba el anterior hecho á cargo de Seyo. Semejantes transferencias de crédito, practicában-se principalmente entre banqueros.

¿Podian obligarse los peregrinos en la forma de los nomina transcriptitia?—En los primeros tiempos, sólo á los ciudadanos romanos era lícito figurar en una expensilacion, (*quia quodammodo juris civilis est talis obligatio*). Mas en la época de Gayo suscitábase controversía sobre si los peregrinos podrian obligarse por una *transcriptio a re in personam*. Los proculeyanos y Nerva con ellos sostenian que la *transcriptio a re in personam*, no era accesible á los peregrinos; los sabinianos, por el contrario, abogaban por que se hiciesen extensivos los beneficios de la *transcriptio a re in personam* á los peregrinos, de igual suerte que á los ciudadanos romanos. No hubo asimismo discusion respecto á la *transcriptio a persona in personam*; en todos tiempos quedó esta reservada exclusivamente á los ciudadanos romanos. (Gayo, C. III, § 133.)

Mas bien pronto al lado de la institucion civil de los *nomina transcriptitia,* vemos colocarse una institucion de derecho de gentes: los *chirographa* y los *syngraphœ*.

DE LOS CHIROGRAPHA Y DE LOS SYNGRAPHÆ.

Eran los *chirographa* documentos suscritos por el deudor, y que guardaba en su poder el acreedor. Los *syngraphœ* eran documentos firmados por el acreedor y el deudor, conservándose un ejemplar por cada una de las partes contratantes. (*Asconius, ad Ciceronem, in Verrem,* act. II, lib. I, § 36.)

Carácter de los quirógrafos y de los síngrafos.—Hay en lo tocante á esta materia dos opiniones opuestas: segun la de los juriconsultos alemanes, los *chirographa* y los *syngraphœ* no eran otra cosa más que medios de prueba, *cautiones* ó *instrumenta* (1); mientras que en Francia se ha sostenido con preferencia la opinion de que los *chirographa* y los *syngraphœ* constituian una forma de obligacion escrita. La escritura debia ser, pues, en este caso, causa suficiente de la obligacion. Esto es, despues de todo, lo que parece confirmado por este pasaje de Gayo: «*Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis.*» (C. III, § 134) (2). Este modo de obligarse por medio de la escritura, usábase de una manera especial entre los peregrinos, y daba lugar á la *condictio certi*. (Gayo, *ibid.*)

Derecho justinianeo.—En la época de Justiniano habian caido en desuso el *codex accepti et expensi* y los *nomina*, así los *arcaria* como los *transcriptitia*. (Instit., *pr.*, lib. III, título XXI). Los *syngraphæ* habian desaparecido, y en cuanto á los *chirographœ*, hallámosles todavía mencionados en algunos textos del Digesto y del Código, bien que con distinta significacion. Empléaseles como sinónimos de *cautio*, esto es, como un escrito destinado simplemente á ser comprobante de la existencia de un contrato cualquiera.

DE LA EXCEPCION «NON NUMERATÆ PECUNIÆ.»

Caso en que podia invocarse la excepcion «non numeratæ pecuniæ.»—Acontecia muchas veces que el documento

(1) M. Gide ha sostenido esta opinion con evidente superioridad de criterio, *Observat. sur le contrat litteris*, *Rev. de législat.*, 1873, p. 152 y sig.

(2) Véase, en el propio sentido, Ortolan, t. III, p. 258, n° 1431 y sig.; Demangeat, t. II, p. 295; Maynz, t. II, § 332, p. 342; Namur, 2ª edic., t. II, § 72; Van Wetter, t. I, § 223, p. 819; Labbé, en sus lecciones.

escrito, el *nomen transcriptitium*, el *syngraphus*, el *chirographum* ó la *cautio* extendíase ántes que el deudor hubiese recibido la cantidad por la cual se habian obligado, y que luego el acreedor, ora por equivoca la inteligencia, ora por mala fé, resístiase á realizar el préstamo y á hacer la numeracion de las especies. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXI; L. 7, C., *De non numer. pec.*, lib. IV, tít. XXX). Con esto el deudor, ligado con el vínculo de un documento ó escrito obligatorio, quedaba expuesto á tener que pagar cantidades que en realidad no habia llegado á percibir. Para poner remedio á tal inconveniente idearon los pretores una excepcion *non numeratæ pecuniæ*, cuyo efecto era colocar al demandante en la necesidad de probar que habia mediado numeracion de las especies. Hé aquí un caso de excepcion á la regla general: *Qui excipit, probare debet quod excipitur*. No le bastaba, pues, al acreedor decirle al deudor: «tú me debes tanto, solo porque tengo contra tí un crédito literal, y nada importa que de mi documento no aparezca que ha habido numeracion de las especies,» sino que deberá demostrar además la existencia de la causa real de la obligacion, esto es, la entrega y numeracion del dinero (*numerata pecunia*).

¿Dentro qué plazo podia oponerse la excepcion «non numeratæ pecuniæ?»—Esta obligacion de probar la entrega del dinero no se impuso al acreedor sin ciertas limitaciones, de las que nos explica la razon Justiniano en la Instituta (*pr.*, lib. III, tít. XXI); y es que no era prudente dejar al acreedor á merced de su deudor, obligándole á demostrar la eficacia y validez de su crédito muchísimo tiempo despues de verificado el préstamo, en una época en la cual ya seria poco ménos que imposible reunir los elementos de prueba.

Este plazo á que nos referimos fijóse primero en *un* año; extendiólo á *cinco* años Marco Aurelio, reduciéndolo por fin á *dos* años Justiniano. (Instit., *pr.*, *in fine*, lib. III, tít. XXI.)

Caso en que el acreedor se mantenia inactivo.—El deudor que no hubiese recibido el dinero podia, sin esperar la demanda del acreedor, intentar contra él una *condictio sine causa* al propósito de obtener la restitucion del documento, ó bien la liberacion de la obligacion engendrada por el escrito.

(L. 7, C., *De non numer. pec.*, lib. VI, tít. XXX; L. 4, C., *De condict.*, lib. IV, tít. IX.)

Mas dentro de la legislacion de Justiniano el deudor tenia un medio para que adquiriese carácter de perpetuidad la excepcion *non numeratæ pecuniæ*; bastábale hacer una protesta del documento por escrito, la cual debia dirigirse al pretendido acreedor ó al magistrado. Semejante protesta producia el efecto de permitir al deudor oponer al acreedor en todo tiempo la excepcion *non numeratæ pecuniæ*. (LL. 4, 14, *pr.*, y § 4, C., *De non num. pec.*, lib. IV, tít. XXX.)

Caso en que hubiese transcurrido el plazo de dos años sin demanda del acreedor ni protesta por parte del deudor.—En este caso el silencio del deudor considerábase como una confesion, como un reconocimiento de la numeracion y entrega del dinero, y así no se le admitia ninguna prueba contraria á la validez del documento; cuya fuerza obligatoria no era ya dable rehuir por medio alguno (LL. 8, 14, C., *eod.*) (1). Hé aquí cómo podia suceder en tiempo de Justiniano que el deudor quedase obligado en realidad por consecuencia de la escritura, pudiendo muy bien haber sucedido que no hubiese tenido lugar la numeracion de la cantidad, y que por consiguiente faltase causa eficiente de obligacion.

¿Mas existe en este caso una verdadera obligacion *litteris*? Hé aquí lo que no admiten los más autorizados comentaristas del derecho romano (2).

TITULO XXII

De las obligaciones consensuales.

Definicion.—Es contrato consensual aquel que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes (*consensu*) sin que haya necesidad de la entrega de una cosa (*nec dari quid-*

---

(1) Véase en el mismo sentido acerca de esta debatida cuestion, Maynz, t. II, § 333, p. 344, texto y nota 7, y p. 345, nota 16; Demangeat, t. II, p. 296; Namur, 2ª edic., t. II, § 312, p. 75.

(2) Véanse Maynz, t. II, § 332, p. 342, texto y nota 28; Demangeat, y Namur, *ubi supr.*; Van Wetter, t. I, § 224, p. 827; Gide, *ubi supr.*, p. 159 y sig.; Labbé, en sus lecciones. —Comp., sin embargo, Ortolan, t. III, p. 265, nº 1440.

quam necesse est), ni de la escritura (*neque scriptura*), ni de estipulacion (*neque præsentia*). (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXII.)

¿Cuántos son los contratos consensuales?—Son cuatro: la venta (*emptio-venditio*), el arrendamiento (*locatio-conductio*), la sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*).

Caractéres de los contratos consensuales.—1° Los contratos consensuales pueden tener lugar entre ausentes, como por ejemplo, mediante carta misiva ó por mensajero (*veluti per epistolam vel per nuntium*); en este punto se asemejan á los contratos *literales*, y se distinguen de la obligacion *verbal*, que no puede ser contraida entre ausentes. (Gayo, C. III, §§ 136 y 138; Instit., *ibid.*) 2° Los contratos consensuales son contratos sinalagmáticos; se derivan de ellos obligaciones recíprocas entre las partes; mas, con todo, conviene señalar en este punto una diferencia entre los cuatro contratos consensuales. Por un lado la venta, el arrendamiento y la sociedad son contratos sinalagmáticos *perfectos*, en el sentido de que es propio de su misma esencia engendrar obligaciones recíprocas. Por el contrario, el mandato es sinalagmático *imperfecto*, en cuanto no produce desde luego recíproca obligacion, sino que nace más tarde, segun las circunstancias. Bajo este concepto, los contratos consensuales guardan analogía con los tres contratos reales de comodato, depósito y prenda, y se distinguen del mútuo, del contrato verbal y del literal, que son esencialmente *unilaterales*. (Gayo, C. III, § 137, Instit., *ibid.*) 3° Los contratos consensuales son contratos de *buena fé*, esto es, que los efectos de las obligaciones recíprocas por ellos engendradas se regulan y determinan conforme á la equidad (*ex bono et æquo*), al paso que el *mutuum*, el contrato verbal y literal producen acciones de derecho estricto. (Instit., *ibid.*)

TÍTULO XXIII

De la venta.

Definicion.—Es la venta un contrato en cuya virtud una de las partes se compromete á procurar la posesion útil y permanente de una cosa á la otra parte, la cual á su vez se obli-

ga á entregar un precio consistente en moneda. Resulta de esta definicion, que el contrato de venta contiene tres elementos esenciales: 1° una cosa que sea objeto del mismo (*res*); 2° un precio (*pretium*); 3° el acuerdo entre la voluntad de las partes acerca de la cosa y de su precio (*consensus.*)

¿Cuándo la venta será perfecta? — La venta se perfecciona desde aquel momento en que las partes se han puesto de acuerdo en cuanto á la cosa y al precio, bien que todavía no se haya entregado la cosa ni satisfecho el precio. Justiniano introdujo en este punto una innovacion: tal fué, que si las partes hubiesen subordinado la venta á la condicion de que debia otorgarse un documento (*instrumentum*), el contrato no se reputaria perfecto en tanto no se hubiese llenado por completo aquella formalidad; hasta entonces, pues, sólo existiria un proyecto, un pacto sin fuerza obligatoria. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXIII). No significa esto que la venta en que mediaba un *instrumentum* fuese por sólo esta circunstancia un contrato *literal*; el escrito se exigia *conditionis implendæ causa*, como un medio de prueba, mas no por esto constituia una causa de obligacion.

DE LAS ARRAS.

Desígnase con este nombre aquella cantidad de dinero que una de las partes contratantes entrega á la otra luego de cerrado el trato. Conforme al antiguo derecho, las arras no eran otra cosa que un medio de prueba (*argumentum est emptionis et venditionis contractæ.*) (Gayo, C. III, § 139.) Modificóse el carácter de las arras en tiempo de Justiniano, y en lugar de ser ya un signo de la perfeccion del contrato, vinieron á constituir como un medio de retractacion del compromiso. Si se apartaba del contrato el que habia entregado las arras, las perdia en provecho del vendedor; si era este quien se arrepentia, las reintegraba dobladas (1).

(1) Esta es la doctrina recibida por el derecho español y que consignan las Partidas en estas palabras de la ley 7ª, tit. V, Partida 5ª: «Señal dan los omes unos á otros en las compras, e acaesce despues que se arrepiente alguno. E por ende decimos que si el comprador se arrepiente despues que da la señal que la deue per-

¿Pero hasta qué momento era lícito á los contrayentes hacer semejante retractacion? Segun Demangeat (*Cours elément. de dr. rom.*, t. II, pág. 301), «si no debe mediar instrumento escrito, podrán hasta el momento de la ejecucion, por ejemplo, hasta la tradicion que haga el vendedor; si por el contrario, debe redactarse un escrito, será hasta que ya nada falte para la perfeccion de dicho instrumento.» Tal es la interpretacion generalmente recibida (1). (L. 17, C., *De fide instrument.*, lib. IV, tít. XXI; Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXIII.)

Vinnio y Pothier (*Venta*, núm. 508), interpretan de distinto modo la constitucion de Justiniano (L. 17, C., lib. IV, título XXI), y el pasaje de la Instituta (*pr.*, lib. III, tít. XXIII), distinguiendo entre dos especies de arras: 1° las que se dan en una venta *pura* y *simple* y de *presente*, en cuyo caso las arras conservan el carácter que tenian en los tiempos de Gayo; no son más que una prueba de la perfeccion del contrato, y por consiguiente, no se librarán las partes de sus obligaciones con dejar perder las arras ó su valor; 2° las que se dan en una *promesa de venta*, es decir, en una venta no perfeccionada, cuya realizacion se difiere para lo porvenir. Si en este caso una de las partes ha entregado arras á la otra, estas arras, léjos de ser un medio de prueba del contrato, serán un medio de retractacion; ellas indican que los contrayentes se reservaron la facultad de apartarse del contrato, si así les place hacerlo, antes de su perfecta realizacion. Tal es, segun entendemos, el sistema que acepta el Código civil (art. 1590): «Si en la promesa de venta mediaron arras, cada uno de los contrayentes será dueño de apartarse de lo prometido, perdiéndolas aquel que las hubiese dado, y restituyéndolas en doble cantidad aquel que las hubiese recibido.» ¿Qué se diria en el caso de que las partes hubiesen acordado que la venta se hiciese constar por escrito? Justiniano, atendiendo á la intencion presunta de los contrayentes, decidió que en semejante caso, la venta

---

der. Mas, si el vendedor se arrepiente despues deue tornar la señal doblada al comprador é non valdrá despues la vendida.» Ya consignaba la misma opinion la ley 2ª, tít. X, lib. III, del Fuero Real. (N. del T.)

(1) Véase, en este mismo sentido, Ducaurroy, *Institutes de Justinien*, t. III, n° 1036; Ortolan, t. III, p. 270, n° 1449.—Comp. de Savigny, *Le droit des oblig.*, 2ª edicion, t. II, § 79, p. 435 y sig. (Traduccion de Gérardin et Jozon.)

se considerase imperfecta y subordinada á la redaccion del escrito. Hasta este momento conservan los contrayentes la facultad de apartarse del contrato; si, pues, se dieron arras, sólo constituyen un medio de retractacion (1).

DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE VENTA.

Puede ser materia de un contrato de venta todo lo que se halla en el comercio de los hombres, ya sea un cuerpo cierto y determinado, como una casa ó un caballo, ya sea una cantidad fija, como cien medidas de trigo, ya sean cosas incorporales (2), ya sean cosas futuras como la cosecha de una viña.

Venta de una herencia futura.—Por más que sea cosa futura la sucesion no abierta todavía, el derecho romano prohibe su venta como inmoral y perniciosa. Este principio, sin embargo, sufre una excepcion: es válida la venta de una herencia futura, cuando la consiente aquel de cuya sucesion se trata. (D., *De hereditate vel actione vendita*, lib. XVIII, tít. IV.) El derecho francés no admite dicha excepcion, sino que declara la nulidad de la venta, aunque la autorizase aquel de cuya sucesion se trate (3).

---

(1) Parécenos que Labbé, en sus lecciones, admite con preferencia esta explicacion.—Segun M. Boissonade, profesor agregado á la Facultad de Paris (*Rev. hist. de droit francais et étranger*, t. XII, p. 136 y sig.), las arras sólo cambiaron de carácter en tiempo de Justiniano relativamente á las ventas *quæ scriptura conficiuntur*, en las cuales pasaron á ser un signo de retractacion; pero en las ventas no subordinadas á la redaccion de un documento, conservaron su significacion antigua segun la que se consideraban como un *argumentum emptionis et venditionis contractæ*.—Por último, Maynz, profesor de la Universidad de Lieja, opina que los textos de Justiniano no revelan bajo ningun concepto el propósito de modificar la legislacion antigua sobre las arras. Justiniano no se ocupa de la cuestion acerca de si las arras constuyen un modo de apartarse del contrato; únicamente al hablar de los casos en que las partes quieren separarse de una venta, dice que pueden hacerlo impunemente mientras que la venta no se haya perfeccionado, más que, áun en este caso, no lo harán impunemente si se hubiesen dado arras, puesto que entonces la parte culpable pierde las arras ó las debe restituir en el doble de su valor. (*Cours de dr. rom.*, t. II, § 344, p. 401, texto y nota 15.) Véase tambien, en este último sentido, Namur, 2ª edic., t. II, § 257, p. 7, y Van Wetter, t. I, § 220, p. 802.

(2) Véase sobre la trasferencia de créditos, *infra*, p. 488 y sig.

(3) Cód. civil, art. 1600. «No se puede vender la succsion de una persona que todavía vive, *ni áun con su consentimiento*.»—No ha prevalecido igual criterio en la ley española, sino que ha conservado el de la legislacion romana en la ley 13, tít. V,

Venta de cosa ajena.—Segun el derecho romano, puede la cosa ajena ser objeto de venta (L. 28, D., *De contrah. empt.*, libro XVIII, tít. I); y esto se debe á que la venta no es un acto de enajenacion, sino un contrato del que nace una obligacion. No se podria, pues, *enajenar* la cosa de otro en el sentido de que *enajenar* es transferir la propiedad, más podia *venderse* en cuanto *vender* es contraer una obligacion. Segun el derecho francés, es nula la venta de cosa ajena (1). El Código civil sólo atiende á la intencion de las partes; fundado en el principio de que el comprador entiende hacerse propietario, resuelve que la obligacion contraida por dicho comprador carece de causa si no se le trasmite la propiedad de la cosa vendida; entre nosotros, pues, *vender* y *comprar* significan *enajenar* y *adquirir*.

Venta de una cosa que no está en el comercio.—La venta de una cosa que no está en el comercio, como la de un hombre libre *pro servo*, de un lugar sagrado, público ó religioso (*loca sacra vel religiosa, item publica*) es nula en el sentido de que la cosa no hallada en nuestro comercio no podrá ser válidamente transmitida ni adquirida por el comprador, ni podrá el vendedor exigir el precio; pero es válida bajo distinto punto de vista, en cuanto el comprador de buena fé, ignorante de que la cosa esté fuera del comercio, puede perseguir al

---

Part. 5ª, que establece la misma excepcion para el caso de que concurra en la venta de cosas hereditarias aún no poseidas, el consentimiento de la persona de cuya sucesion se trate. La jurisprudencia sanciona el principio de que pueden venderse las esperanzas y los derechos futuros. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1859). (N. del T.)

(1) Cód. civil, art. 1599: «La venta de una cosa ajena es nula; puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios cuando el comprador ignorase que la cosa pertenecia á otro.»—En el derecho español, la ley 19, tít. V, Partida 5ª, establece un principio general opuesto al del Código francés: «Cosa ajena vendiendo un ome á otro, valdrá la vendida.» Mas pueden darse dos casos: que el comprador sepa que la cosa es ajena ó que lo ignore. Si sabe que es ajena, no deberá el vendedor restituirle el precio, aunque por demanda del verdadero dueño haya tenido que restituir la cosa el comprador. Mas si este ignoraba su verdadera condicion, no solamente deberia el vendedor devolver el precio, sino áun indemnizarle los daños y menoscabos que por razon del contrato se le irrogasen. Como se ve concuerdan en este último extremo la legislacion española y la francesa. Segun sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1861, si la cosa ajena se vende sin el consentimiento de su dueño no será válida la venta sino en cuanto á los efectos señalados en la citada ley 19 del tít. V de la Partida 5ª. (N. del T.)

vendedor por la accion *ex empto* por el interés que tenia en la realizacion de la venta. Esta accion se dá contra el vendedor, no sólo en caso de haber mediado dolo por su parte, sino tambien cuando ignorase que la cosa no se hallaba en el comercio. (Instit., § 5, *eod.*; L. 70, D., *De contrah. empt.*, lib. XVIII, título I; L. 39, § 3, D., *De evict.*, lib. XXI, tít. II). Conviene observar que el comprador que adquiere con conocimiento de causa una cosa que no está en el comercio no tiene accion ninguna contra el vendedor (*frustra quis sciens emit.* Instit., *ibid*). En la estipulacion no habria ninguna accion semejante porque la falta de objeto lícito en la obligacion hace á ésta inútil *ipso jure*, y en esta materia se debe aplicar el derecho estricto. La accion del contrato no dá, pues, derecho á la indemnizacion de daños y perjuicios.

Venta de una cosa que ha perecido al tiempo del contrato.— Si la cosa vendida no existe ya en el momento del contrato, la venta es nula, porque faltando el objeto no ha podido nacer la obligacion del vendedor, y por consiguiente la del comprador tampoco, por falta de causa (1). No hay lugar, pues, á ninguna accion. (L. 15, *pr.*, L. 57, § 1, D., *De contrah. empt.*, libro XVIII, tít. I.)

DEL PRECIO.

El precio es uno de los elementos esenciales de la venta: (*nam nulla emptio sine pretio esse potest*). (Instit., § 1, *eod.*) El precio debe ser:

1° *Cierto* (*certum*), esto es, determinado por el contrato ó por lo ménos determinable á virtud de una cláusula del contrato en que se indique un medio de determinacion independiente de la voluntad de las partes. Ejemplo de precio determinado de un modo absoluto por el contrato: os vendo mi caba-

---

(1) Cód. civil, art. 1601: Es nula la venta cuando en el momento de celebrarla hubiese perecido la cosa en totalidad.—Esto debe entenderse de las cosas que se aprecian por su individualidad, pues en cuanto á las fungibles ó que se venden por número, peso y medida valdrá el contrato desde que se hayan contado, pesado ó medido, viniendo á cargo del vendedor la pérdida ó deterioro. (Ley 24, tít. V, Partida 5ª.) (N. del T.)

llo en *cien escudos de oro*. Ejemplo de precio determinable segun el contrato: os vendo tantas medidas de trigo *al precio en que se ha vendido en tal mercado*, ó bien por *todo el dinero que contenga vuestra bolsa*. Cuando se ha dejado confiada la determinacion del precio á una de las partes, por ejemplo, sometiéndose el vendedor al arbitrio del comprador y aceptando la valoracion que él mismo haga de la cosa (L. 35, § 1, D., *De contrah. empt.*, lib. XVIII, tít. I), la venta es nula por falta de verdadero vínculo. Puédese convenir en que determine la cuantía del precio un tercero designado por las partes, por ejemplo, *Ticio*. Acerca de este punto debatian vivamente los jurisconsultos romanos (Gayo, C. III, § 140); Justiniano, adoptando la opinion de Ofilio y de Proculo, contraria á la de Labeon y de Casio, reconocia en este pacto una venta condicional. Si, pues, el tercero determina el precio, el comprador queda obligado á satisfacerlo y el vendedor á entregar la cosa conforme á la estimacion. Pero si el tercero muere ántes de haber determinado el precio ó se resiste á fijarlo, no valdrá la venta porque no se cumplió la condicion bajo que fué pactada. (Instit., § 1, *eod.*)

Esta decision ha pasado á formularse en el Código civil francés (1).

2º *Real y no simulado* (*verum*).—Mas no significa esto que para ser válido el contrato de venta requiera un precio proporcionado al valor real de la cosa *(justum pretium)*.

3º *Consistir en dinero*.—Se discutia entre los antiguos jurisconsultos romanos acerca de si podria el precio consistir en otra cosa cualquiera, como por ejemplo, un esclavo, un fundo ó una toga. Los sabinianos aceptaban en este punto la opinion afirmativa, citando en su apoyo ciertos versos de Homero en que se califica de venta la permuta, por lo que sostenian que no debieron ser otra cosa que permutas todas las ventas que tenian lugar en los tiempos primitivos (Gayo, C. III, § 141). Prevaleció, sin embargo, la contraria opinion de Proculo; en

(1) Art. 1592. Podrá dejarse la determinacion del precio al arbitrio de tercero; y no hay venta si el tercero no quiere ó no puede verificar la estimacion.—En el derecho español la ley 9ª, tít. V, Part. 5ª establece igual decision, diciendo que no valdrá la venta si el árbitro fallece antes de fijar el precio. (N. del T.)

efecto, si yo entrego un buey para procurarme un caballo ó recíprocamente, no es posible distinguir cuál de los dos objetos es la cosa vendida (*merx*) y cuál es el precio de la compra (*pretium*); y por ende quién es el vendedor (*venditor*) y quién el comprador (*emptor*); y sin embargo, importa distinguir uno de otro, porque no son unas mismas sus obligaciones. (Instit., § 2, *eod.*)

Diferencias entre la venta y la permuta.—Notables diferencias separan la venta de la permuta. La venta es un contrato *consensual;* la permuta es un contrato que se forma *re.* En la primera la obligacion del vendedor no consiste precisamente en transferir la propiedad de la cosa vendida al comprador, mientras que este último debe hacer que el vendedor se constituya propietario del precio. En la permuta cada parte debe transferir á la otra la propiedad de la cosa.

OBLIGACIONES DEL VENDEDOR.

El vendedor no está obligado á transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida. (L. 30, § 1, D., *De act. empt.*, lib. XIX, tít. I). Sólo debe procurarle la posesion útil y permamente (*vacuam possessionem tradere*). Esta obligacion se descompone en otras tres:

Primera.—La de conservar la cosa hasta el momento de la tradicion. El vendedor es, pues, responsable de la pérdida y de los menoscabos que sufra la cosa, ya sea por su dolo, ya sea por su culpa (*non solum dolo sed et culpa*). (L. 13, § 16, D., *De act. emp.*, lib. XIX, tít. I.)

Segunda.—La de entregar la cosa (*rem tradere*) en la época y en el lugar convenidos. (L. 11, § 2, D., *eod.*)

Tercera. — La de garantir al comprador, poniéndole al abrigo de toda eviccion que proviniese de causa anterior á la venta (*ut rem emptori habere liceat*). Observemos que la ley sólo se preocupa de la eviccion jurídica y únicamente proteje al comprador, en cuanto éste ha hecho todo lo posible por librarse de la accion de terceras personas, principalmente avisando al vendedor en ocasion oportuna el peligro que le amenazaba. (L. 29, D., *De eviction.*, lib. XXI, tít. II). Aparte la

garantía de la eviccion, el vendedor queda todavía obligado á responder de los vicios ocultos que se descubran en la cosa con posterioridad á la venta, y por los cuales aquella resulte impropia para el uso á que viniese destinada, ó se disminuya sensiblemente su valor. (L. 1, § 1; L. 31, *pr.*, D., *De œdil. edict.*, lib. XX, tít. I) (1).

La obligacion de garantía es de la naturaleza del contrato de venta, no de su propia esencia, puesto que bien podrá el vendedor estipular que no se deba prestar ninguna garantía al comprador. (L. 11, § 18; L. 68, *pr.*, D., *De act. empt.*, libro XIX, tít. I) (2). Hagamos notar, sin embargo, que áun dando por supuesta una estipulacion de esta índole el vendedor quedará en todo caso responsable de las evicciones provenientes de un hecho *personal.* Ejemplo: yo os vendo una casa que tengo hipotecada en seguridad de una obligacion, y estipulo que os la vendo sin daros garantía. Esta estipulacion es nula, porque el vendedor la habria hecho con la intencion fraudulenta de enriquecerse, perjudicando conscientemente al comprador. El comprador perjudicado por la eviccion tendria, pues, á pesar de la estipulacion de no dar garantía, el derecho de reclamar los daños y perjuicios (3).

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR.

El comprador contrae múltiples obligaciones; la principal es la de pagar el precio al tiempo convenido, y debe *dar,* es decir, transferir la propiedad de las monedas que componen el precio. (L. 11, § 2, D., *De act. empt.*, lib. XIX, tít. I). Las demás obligaciones del comprador son *accesorias*, tales son la obligacion de pagar las impensas hechas de buena fé en la cosa vendida despues de la venta (L. 13, § 22, D., *eod.*), y la

(1) Véase el art. 1641 del Código civil francés.—Véanse las leyes 63, 64 y 65, título V, Part. 5ª. (N. del T.)

(2) Comp. Código civil fr., artículos 1627 y 1628.—Igual excepcion admite nuestro derecho; puede, por lo tanto, consignarse en la escritura de venta que el vendedor no citará de eviccion al comprador. (N. del T.)

(3) Idem, id.—El vendedor de mala fé no solo está obligado á la eviccion, aunque se pacte en la escritura lo contrario, sino que tambien debe por su dolo restituir el precio, con los intereses, costas y daños. (N. del T.)

de pagar los intereses del precio desde la fecha de la tradicion si el pago no debe hacerse á plazo. (L. 13, §§ 20 y 21, D., *eod.)*

DE LOS RIESGOS DE LA COSA VENDIDA.

Los riesgos de la cosa vendida vienen á cargo del vendedor ó del comprador, segun los distintos casos que á continuacion se indican:

1º *Venta pura y simple ó á término de una cosa cierta.* Desde que el contrato queda perfecto los riesgos de la cosa vendida corren á cargo del comprador aunque no se le haya hecho todavía la tradicion. Si muere, pues, el esclavo vendido ó se le hiere de gravedad; si el edificio es presa de las llamas en totalidad ó en parte; si todo el fundo ó una porcion del mismo es arrebatado por la violencia del rio; si por causa de inundacion ó de tempestad que hayan arrancado de raiz los árboles, la heredad sufre considerable mengua ó deterioro, el perjuicio será para el comprador, obligado como está á pagar el precio áun en el caso de no haber recibido la cosa. Y en efecto, como el vendedor no tiene otra obligacion que la de entregar la cosa, mal puede ser responsable de que sin culpa por su parte se halle imposibilitado de llenar su obligacion (*Debitor speciei certæ interitu ejus liberatur*). Es preciso tener presente que en el momento en que la cosa perece no se ha hecho todavía propietario de ella el comprador. La regla *res perit domino* es, pues, de todo punto falsa dentro del derecho romano, ya que para quien perece la cosa es para el acreedor y no para el propietario que se libra de la obligacion de entregarla (1). Si un tercero roba ó destruye la cosa sin que medie culpa del vendedor, la accion reivindicatoria, la *condictio furtiva*, las acciones *furti* y *damni injuriæ* que corresponden al vendedor en su calidad de propietario, deberán cederse al comprador. (Instit., § 3, lib. III, tít. XXIII.)

Recíprocamente, si con posterioridad á la venta el fundo ha tenido aumento por aluvion, el provecho será para el com-

(1) Acerca de la máxima *res perit domino* en el derecho romano y en el derecho francés actual, véase Labbé, *Etud. sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, nº 127 y sig.

prador, que no deberá pagar ningun exceso sobre el precio convenido. (Instit., *ibid.*)

2º *Venta condicional de un cuerpo cierto.*—Pereciendo la cosa vendida por caso fortuito en el intérvalo entre la venta y el cumplimiento de la condicion, es necesario, para determinar si al vendedor ó al comprador afectan los riesgos de la cosa, distinguir si la pérdida fué total ó parcial. En el caso de pérdida total los riesgos vendrán á cargo del vendedor. Faltando el objeto no ha podido verificarse la venta, y por consiguiente no puede obligarse al comprador á pagar el precio estipulado. En el caso de pérdida parcial, los riesgos vienen á cargo del comprador, que deberá el precio convenido sin disminucion alguna. Y es porque en el momento en que la condicion se cumple, nace la obligacion del vendedor y al mismo tiempo la del comprador; todos los efectos del contrato se retrotraen al momento de la venta. (L. 8, *pr.*, D., *De peric. et comm. rei vend.*, lib. XVIII, tít. VI.)

Recíprocamente, si *pendente conditione*, la cosa ha experimentado acrecentamiento en su sustancia, el comprador tendrá el derecho de reclamarlo en provecho suyo, sin que por esto se le pida más crecido precio.

3º *Venta á prueba ó mediante gustacion.*—La venta celebrada de esta suerte será condicional, y no se halla, bajo ningun sentido, perfeccionada miéntras el comprador no presta su conformidad á las mercancías despues de probarlas ó de gustarlas. Hasta este momento los peligros de la cosa corren á cargo del vendedor. Es cuestion muy debatida la de si debe apreciarse la cualidad de la cosa segun el *gusto particular* del comprador, que podria rechazarla caprichosamente, ó segun el *gusto general*, bien que se considerará cerrado el trato, á pesar de la disconformidad del comprador, cuando el género esté corriente y sea de recibo *boni viri arbitrio*. En nuestro sentir, esta cuestion, como dependiente de la intencion de las partes y de las circunstancias del caso, no es susceptible de ser resuelta en términos absolutos (1).

---

(1) Tal es tambien la opinion de Van Wetter, t. II, § 227 *bis*, p. 8.—Lo contrario sostienen Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 635, observ. 2ª; Arndts, *id.*, t. II, § 301, observ. 2; Windscheid, *id.*, t. II, § 387; Namur, 2ª edic., t. II, § 258, p. 8.

4º *Venta de una cosa genérica* (*genus*), como por ejemplo, de veinte sacos de trigo, de un caballo y de un esclavo. En tales ventas los riesgos corren á cargo del vendedor hasta el momento de la entrega por ser regla general que el género no perece nunca, sino que puede ser fácilmente sustituido (*genera non pereunt*). (L. 35, §§ 5 y 6, D., *De contrah. empt.*, lib. XVIII, tít. I.)

MODALIDADES DEL CONTRATO DE VENTA.

La venta puede celebrarse pura ó simplemente, bajo condicion ó á término. (Instit., § 4, *eod.*)

PACTOS ACCESORIOS EN EL CONTRATO DE VENTA.

De la addictio in diem.—La *addictio in diem* es aquel pacto en cuya virtud las partes acuerdan que si dentro de un plazo al efecto determinado encuentra el vendedor ocasion para una venta que le sea más ventajosa (*meliore allata conditione*), no tendrá lugar la primera si se hizo *sub conditione* ó se rescindirá si se hubiese celebrado puramente. (L. 2, D., *De in diem addict.*, lib. XVIII, tít. II) (1).

Del pacto comisorio ó lex commissoria.—La *lex commissoria* es el pacto por el cual se conviene que si no se ha pagado el precio dentro de un plazo determinado, la venta se resolverá al arbitrio del vendedor y se tendrá la cosa por no comprada (*ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit*). (D., *De lege commissoria*, lib. XVIII, tít. III.) Úsanse con frecuencia las palabras *lex* ó *leges* para indicar las cláusulas de un contrato.

Del pacto de retrovendendo.—Mediante el pacto de retrovendendo estipúlase que el vendedor podrá considerar la venta como no celebrada y reincorporarse de la cosa devolviendo el precio dentro de dicho plazo.

La venta con semejante pacto es, pues, un medio de procurarse dinero sin renunciar á la esperanza de ser otra vez propietario de la cosa vendida (*ut sive venditor, sive heredes ejus*,

---

(1) Hé aquí un ejemplo de este pacto: «*Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit.*» (N. del T.)

emptori pretium, quandocumque vel intra certa tempora, obtulissent, restitueretur). (L. 2, C., *De pactis inter empt. et vendit.*, lib. IV, tít. LIV.)—En los dos casos de la *lex commissoria* y del pacto de *retro* la venta es pura y simple; lo condicional es su resolucion (1).

DE LA RESCISION DE LA VENTA POR CAUSA DE LESION.

En los tiempos del Imperio de Oriente publicaron los Emperadores Diocleciano y Maximiano dos rescriptos, disponiendo que el vendedor de cosas *inmuebles* tuviera el derecho de hacer rescindir la venta por lesion en el precio. El precio era vil (*minus pretium*), cuando era inferior á la mitad del justo valor que tenia la cosa en el momento de la venta. Es lo que, segun nuestra antigua jurisprudencia, se conoce con la expresion de lesion en más de la mitad. El comprador en este caso puede restituir el inmueble y reclamar el precio que hubiese pagado ó conservar el inmueble, pagando el suplemento del justo precio. (LL. 2 y 8, C., *De rescind. vendit.*, lib. IV, tít. XLIV.)—Los rescriptos de Diocleciano y de Maximiano no tienen aplicacion á las cosas *muebles*, cuyo valor se halla más sujeto á variaciones (2); aprovechan al vendedor, mas no al comprador que hubiese sufrido lesion en más de la mitad y no pueden ha-

(1) Véanse las disposiciones que consigna el Cód. civ. francés en sus artículos 1659 y sig.—El pacto de retroventa, llamado en Cataluña venta *á carta de gracia*, está autorizado en el derecho español por la ley 42, tít. V, Partida 5ª, la cual hace extensivos á los respectivos herederos las mutuas obligaciones del vendedor y del comprador. De esto se deduciria que la accion del vendedor es personal; mas como no prohibe la ley ejercitar la accion contra tercera persona que posea la cosa vendida, claro es que tiene carácter mixto de real y personal, conforme lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo en decision de 12 de Diciembre de 1865. En Cataluña las ventas *á carta de gracia* constituyen un contrato especial conocido vulgarmente con el nombre de *empenyement* ó *empenyo*; el cual se generalizó para eludir las disposiciones canónicas contra los préstamos con interés. La ley 7, § 1, Dig., *De distr. pigno. et hypot.*, XX, 5, ya lo consideraba como nacido de un préstamo.

(2) Véase en el propio sentido, Demangeat, t. II, p. 314 y Labbé, en sus lecciones.—Por el contrario, en opinion de otros autores, el raciocinio de aquellos rescriptos es concluyente y los motivos de sus decisiones se refieren así á las cosas muebles como á las inmuebles. Véanse Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 641, nº 2; Ortolan, t. III, nº 1487, p. 289; Maynz, t. II, § 299, p. 212, nota 11; Namur, 2ª edic., t. II, § 268, p. 20; Van Wetter, t. I, § 219, p. 794.

cerse extensivos á los demás contratos onerosos de buena fé (1). Estas disposiciones han trascendido, en principio, á nuestra legislacion (2).

ACCIONES QUE SE DERIVAN DEL CONTRATO DE VENTA.

El contrato de venta produce dos acciones directas, ambas de buena fé:

La accion *venditi* ó *ex vendito* que corresponde al vendedor para reclamar el pago del precio, el reintegro de las impensas hechas de buena fé en la cosa vendida despues de la venta, etc.

La accion *empti* ó *ex empto* que compete al comprador á fin de reclamar la tradicion de la cosa y de todos los accesorios que la deban acompañar *ex æquo et bono;* para ser indemnizado en caso de eviccion, ó en el de que no pueda el vendedor por culpa suya entregar la cosa, etc. (D., *De act. empt. et vendit.*, lib. XIX, tít. I, C., lib. IV, tít. XLIV.)

Provienen, por otro lado, del contrato de venta las acciones siguientes:

La accion *redhibitoria* (*actio redhibitoria*) que permite al comprador devolver al vendedor la cosa, cuando luego de la venta hubiese descubierto en aquella vicios internos y no aparentes, exigiéndole una indemnizacion del perjuicio que se le ha irrogado. (L. 21, D., *De ædil. edict.*, lib. XXI, tít. I.)

---

(1) Véanse, conformes acerca este punto, Ortolan, Maynz, Namur, Van Wetter, *ubi supra.*

(2) Cód. civil, art. 1674: Si el vendedor ha sufrido lesion en más de las siete décimas partes del precio de un inmueble tiene derecho á pedir la rescision de la venta, aunque hubiese renunciado expresamente al celebrar el contrato á la facultad de pedir esta rescision y hubiese declarado que condonaba lo restante del precio.

Art. 1675. Para saber si existe lesion en más de las siete décimas es preciso estimar el inmueble segun su estado y su valor en el momento de la venta.

Art. 1681. El adquisidor podrá elegir entre devolver la cosa percibiendo el precio que hubiere pagado ó conservar el fundo, pagando lo que falte hasta el justo precio con deduccion del décimo del precio total.—Las leyes españolas admiten asimismo la rescision de la venta por lesion en el precio, cuando alguno de los contrayentes prueba que fué engañado en más ó ménos de la mitad del justo precio, segun sea el comprador ó el vendedor quien se sienta lesionado por el contrato. Esto debe entenderse no habiéndose perdido ó deteriorado mucho la cosa vendida. (Leyes 56, tit. V, Part. 5ª y 2ª, tit. I, lib. X, Nov. Recop.). No hay lugar á rescision cuando se pida despues de cuatro años del contrato, ó del remate, si la venta se hizo en almoneda pública, (dicha ley 2 de la Nov.) (N. del T.)

La accion *quanto minoris* ó *æstimatoria* que utiliza el comprador para que se le abone lo que habria pagado de ménos como precio á tener conocimiento prévio de los vicios que posteriormente á la venta se han descubierto en la cosa.

Podrá, pues, el comprador escojer una ú otra de las dos acciones *redhibitoria* ó *quanto minoris;* ambas acciones, aunque tienen su orígen comun en el edicto de los ediles no son de igual duracion. La *redhibitoria* sólo dura seis meses, y un año la *quanto minoris.* (L. 19, § 6, D., *De ædilit. edict.*, lib. XXI, tít. I.)

Existe además, la accion *ex stipulatu*, por la que el comprador obtiene el doble del precio cuando por causa de eviccion se ha visto privado de la posesion de la cosa vendida. Esta estipulacion solia frecuentemente concurrir en las ventas de cierta importancia, y exigíanla tambien los ediles en las ventas de esclavos y de animales. (L. 37, § 1, D., *De evict.*, libro XXI, tít. II.) Cuando ha mediado estipulacion, el comprador que se ha visto despojado de la cosa por eviccion, tiene dos medios para acudir contra el vendedor: la accion *ex empto* y la *ex stipulatu.* Estas dos acciones se distinguen bajo numerosos aspectos: *Relativamente á la naturaleza de las acciones:* la accion *ex stipulatu* es de derecho estricto, y la *ex empto* es accion de buena fé. *Relativamente á la entidad de lo que por ellas se consigue*: por medio de la *ex stipulatu*, el comprador obtiene doblado el precio de la compra, sea cual fuese el valor de la cosa en el momento de la eviccion; mientras que por la accion *ex empto*, el comprador alcanza sólo el valor que tenga la cosa en el momento de la eviccion; es una reparacion exacta del perjuicio sufrido por el comprador. (L. 70, D., *De evict.*, lib., XXI, tít. II.) De donde se deduce que puede haber casos en que obtenga el comprador una indemnizacion más crecida por la accion *ex stipulatu* que por la *ex empto.* Así, por ejemplo, suponiendo que se haya vendido por 150 escudos una cosa que al tiempo de la eviccion no valga más que 60, sucederá que por la accion *ex empto*, el comprador no podria obtener más que 60 escudos, esto es, la reparacion del perjuicio caudo por la eviccion y nada más, mientras que por la accion *ex stipulatu*, podrá exigir el doble del precio de compra, es de-

cir, 300 escudos. Casos hay en que será preferible para el comprador ejercitar la accion *ex empto* en vez de la *ex stipulatu*, tal es, por ejemplo, si en el tiempo de la eviccion la cosa vendida en 150 escudos tiene un valor de 700; por la accion *ex stipulatu*, el comprador no podria conseguir más que el doble del precio que dió por la cosa, esto es, 300 escudos, en tanto que utilizando la accion *ex empto* no sufrirá ningun perjuicio por causa de la eviccion, toda vez que percibirá el valor íntegro de la cosa, 700 escudos. *Relativamente á los casos de aplicacion*: supongamos que el comprador ha contratado con persona que no era el *dominus*, y que más tarde viene á ser heredero del legítimo propietario de la cosa, con lo que logra la seguridad de no verse perturbado en la posesion. No podrá dirigirse contra el vendedor por la accion *ex stipulutu*, puesto que no hay aquí eviccion en el estricto sentido de la palabra; mas como por otra parte no tiene la cosa en virtud de la venta, puede intentar con éxito la accion *ex empto* contra el vendedor. (L. 41, D., *De evict.*, lib. XXI, tít. II.) Casos hay, por el contrario, en que la accion *ex empto* no tendria eficacia ninguna, mientras que por la accion *ex stipulatu*, cabe obtener el doble del precio de compra.

Ejemplo: propone un tercero accion reivindicatoria contra el comprador de un esclavo, el cual muere durante la tramitacion del juicio. El juez ante quien se sigue, no puede ménos de resolver la cuestion de propiedad; y si esta resolucion es favorable al demandante contra el comprador, habrá en este caso una eviccion que dará lugar á la accion *ex stipulatu*. El comprador conseguirá doble precio del que pagó al vendedor, por más que, en el caso propuesto, no haya experimentado perjuicio alguno por la eviccion; no habria asimismo términos hábiles para emplear la accion *ex empto* (1). (L. 16, *pr.*, D., *De rei. vindic.*, lib. VI, tít. I.)

---

(1) Puede consultarse, acerca de todos estos puntos la interesante disertacion de nuestro sábio profesor Labbé, *Des conséquences de l'eviction*, etc., *Rev. prat. de dr. franc.*, 1872, t. II, p. 289 y sig.

APÉNDICE

De la cesion de créditos.

Hé aquí una de las materias en que ménos explícito se nos muestra el derecho romano, mas que han esclarecido en gran parte los recientes trabajos publicados en Alemania y en Francia.

Hallamos frente á frente dos opiniones: una que proclama la inenajenabilidad de los créditos, esto es, la imposibilidad de transferir á otra persona el derecho de obligacion considerado en sí mismo, independientemente del resultado pecuniario ó del valor de semejante derecho; la segunda, sosteniendo que así en el derecho romano como en el moderno (1), los créditos son enajenables de igual suerte que una cosa ó un fundo rústico, bien que sean distintos los medios. Expongamos sucintamente los argumentos que se aducen por una y otra parte.

Segun la mayoría de los intérpretes (2), la inenajenabilidad del crédito deriva de la naturaleza misma de la obligacion, por lo ménos tomando esta en el concepto que formaban de ella los romanos. ¿Qué cosa es la obligacion? Un vínculo enteramente personal que liga una con otra á dos personas determinadas. Desaparezca una de estas personas, y al punto se quebranta el lazo, la obligacion se desvanece. En otros térmi-

---

(1) Cód. civil, artículos 1689-1701.—Véase ley 11, tít. V, Part. 5ª. (N. del T.)

(2) Son de esta opinion, Doneau, *Comment.*, L. XV, c. 44, nº 15; Savigny, ***System. des ræm. Rechts***, t. III, § 105, nota *f*; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 272, p. 65 y siguientes; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 161; Namur, 2ª edic., *Cours d'Instit.*, t. I, § 235, p. 318 y sig.; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 176, p. 614; Labbé y Machelard, en sus lecciones.

nos: no cabe obligar al acreedor á que acepte un nuevo deudor, ni á éste á que se vea obligado para con un acreedor distinto. Verdad es que al morir el acreedor pasan sus derechos á los herederos, y que tambien es posible sustituir un acreedor por otro mediante una novacion; mas ni en uno ni en otro caso hay verdadera transferencia del derecho de crédito, porque de una parte, los herederos se reputan como una misma persona con su causante, y de otra parte, la novacion lejos de transferir el vínculo jurídico de obligacion existente, lo extingue dando lugar á un nuevo crédito enteramente distinto del primitivo. Verdad es tambien que mediante constituir á uno *procurator in rem suam*, el acreedor puede traspasar á otra persona el resultado pecuniario ó el valor del crédito; mas el crédito en sí mismo, permanece hasta su extincion como adherido á la persona del mandante, y á nombre suyo se entablan las reclamaciones judiciales. De aquí deducen la imposibilidad de toda transferencia real, como contraria á la naturaleza misma de las cosas.

En apoyo de la enajenacion de los créditos, adúcense otras consideraciones una veces fundadas en la razon pura, otras en las necesidades prácticas, y otras, por fin, en los mismos textos. El profesor Gide las ha desenvuelto en una disertacion que intentaremos resumir (1). Sienta en primer lugar, que todo derecho pecuniario es, por regla general, un derecho enajenable; y si el carácter de un crédito es en todas ocasiones un interés pecuniario, claro es que racionalmente ha de ser susceptible de enajenacion el derecho de crédito (2). Además, la enajenabilidad de los créditos era entre los romanos una necesidad práctica, puesto que no era permitido, como entre nosotros, contratar y estipular por mediacion de un mandatario. El estipulante, aunque sólo fuese por órden y en interés

---

(1) *Du transport des créances en droit romain*, *Rev. de législ.*, año 1874, p. 33 y sig.—Han sostenido la misma tésis en Alemania, Brinz, *Kritische*; Blatter, nº 2, 1852; Delbruck, *die Uebernahme fremder schulden*, 1853; Windscheid, *die Singularsuccession in obligationen* *Kritische Veberschau*, t. I, p. 27, 1853; Salpius, *Novation und Delegation*, página 341 y sig.—Puede consultarse tambien la tésis doctoral sostenida ante la Facultad de Derecho de París por M. René Garrand.

(2) M. Gide, *loc. cit.*, p. 37 y 38.

de otra persona, quedaba el mismo acreedor por su propia cuenta, y sólo mediante una cesion podia pasar el crédito inmediatamente del mandante al mandatario. La transferencia del crédito era, pues, necesaria consecuencia de todo mandato conferido para contratar, y así declarar intransferibles los créditos, hubiera sido lo mismo que hacer imposible el mandato (1). Ultimamente, si vamos á consultar los textos, encontraremos un modo de transmision que todos admiten y que tiene aplicacion al derecho de crédito, lo mismo que al derecho de propiedad; tal es la transmision por título universal. Y cuenta que no es sólo el heredero quien sucede en los derechos de crédito; son tambien todos los demás sucesores universales, el *emptor bonorum*, el *sector bonorum* y el *adrogator* (2). Si, pues, el crédito puede transmitirse cuando vá englobado en el conjunto de un patrimonio, ¿por qué de la misma suerte no habria de poder hacérsele objeto de un traspaso especial? Generalmente hablando todos los derechos que se transmiten á título universal pueden igualmente transmitirse á título particular (3). Cuando Gayo en el segundo comentario de sus Instituciones (§§ 38 y 39), despues de haber examinado los modos de enajenacion de las cosas corporales pasa á ocuparse de la cesion de créditos, ¿establece por ventura que esta cesion sea imposible como contraria á la naturaleza misma de la obligacion? Nada de esto. Hé aquí los términos en que se expresa: «*Obligationes quoquo modo contractœ nihil eorum recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur id si velium tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possumus; sed opus est ut, jubente me, tu ab eo stipuleris; quœ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quœ dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere; sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri.*» En otros términos Gayo viene á decir: «Yo no podria realizar esta cesion por uno de los modos empleados para transferir las cosas corporales; por esto será preciso que, por mi órden, estipules tú de mi deudor (lo que se

(1) M. Gide, *loc. cit.*, p. 37 y 38.
(2) Idem, p. 39 y 40.
(3) Idem, id.

llama una novacion), ó que le demandes en mi nombre ante los tribunales.» Traducir las palabras: «*Obligationes nihil eorum récipiunt*» diciendo: «las obligaciones no son susceptibles de ninguna suerte de traspaso» no es otra cosa que un evidente contrasentido. Lo que Gayo dice ser inaplicable á la obligacion no es el traspaso en sí mismo sino ciertas formas de traspaso como la tradicion, la mancipacion y la cesion *in jure*; pero al excluir estas tres formas las reemplaza por otras dos que presenta como equivalentes. Las dos formas de cesion indicadas por Gayo son dos procedimientos que producen un mismo resultado, dos vías que conducen á idéntico fin; por esto se les confunde bajo una denominacion comun, cual es la de *delegacion*: «*Fit delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.*» (LL. 1, 2 y 11, § 1, 34, § 2, D., *De novat.*, libro XLVI, tít. II; L. 19, *in fine*, D., *De solut.*, lib. XLVI, título III; LL. 1 y 3, C., *De novat.*, lib. VIII, tít. XLII; *Frag. vatic.*, 263.) Fácil es comprender la razon de que los modos de enajenar sean ménos expeditos y ménos numerosos para los créditos que para las cosas corpóreas; esta razon estriba en que toda cesion de crédito exigia, segun los principios del derecho romano, la presencia y la intervencion del deudor. Pero al exigir la intervencion del deudor, la ley romana no exige asimismo su consentimiento; facilita, sí, dos medios de realizar la cesion; estipular del deudor ó demandarle en justicia; en el primer caso la intervencion del deudor es activa y voluntaria; en el segundo es pasiva y forzosa; en una palabra, el crédito no puede transferirse sin el deudor, pero puede hacerse á pesar del deudor. Este mecanismo, defectuoso en algunos detalles, responde tan perfectamente, considerado en conjunto, á las necesidades de la práctica, que ha sido aceptado por las modernas leyes, bien que bajo nuevas formas. Al exigir en el art. 1690, que la cesion del crédito se notifique al deudor ó que sea por él aceptada, los redactores de nuestro Código han reproducido involuntariamente, al ménos en sus rasgos esenciales, la antigua teoría romana. En el derecho francés como en el derecho de Roma, es necesario para que tenga lugar la transferencia, que intervenga el deudor, ya sea pasiva y forzosamente, ya con intervencion activa y volunta-

ria; las formas se han simplificado; en el lugar del procedimiento judicial, se ha colocado la simple notificacion; en el de la estipulacion solemne, la mera aceptacion del deudor (1).

TITULO XXIV

Del arrendamiento.

Definicion.—El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se compromete, mediante un precio que la otra se obliga á satisfacer, bien á procurar á esta durante determinado espacio de tiempo, el uso y disfrute de una cosa, bien á prestarle un servicio apreciable en dinero, bien á realizar una obra.

DIVERSAS CLASES DE ARRENDAMIENTO.

Distínguense tres clases de arrendamiento, á saber: 1º El arrendamiento de cosas (*locatio conductio rerum*) como por ejemplo, de una casa ó de una hacienda de labor; 2º el arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*) por ejemplo, de un dependiente asalariado; 3º El arrendamiento para la ejecucion de una obra (*locatio conductio operis*) por ejemplo, el trato hecho con un arquitecto para que construya una casa.

Llámase *locator* (arrendador, locador) al que se obliga á

---

(1) M. Gide, *loc. cit.*, p. 41 y 45.—Los créditos pueden cederse por venta, dacion en pago ó por cualquiera de los demás títulos reconocidos por derecho, sin conocimiento del deudor, y áun contra su voluntad, puesto que al contrato sólo concurren el cedente y el cesionario; y subrogado este en el lugar de aquel, se le trasmiten todos los derechos y acciones que al cedente competian, ya para reclamar el crédito, ya para perseguir las fianzas ó hipotecas que se hubieren establecido. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de Setiembre de 1868.) La cesion de un pagaré, hecha por su tenedor transfiere al cesionario el derecho que tuviera para exigir su impórte en el lugar que corresponda, sin que sea precisa la intervencion del deudor, pues no se trata de una novacion de contrato, ni ménos de sustituirse un deudor por otro, sino meramente de una cesion de derechos. (Sentencia de 24 de Diciembre de 1867). (N. del T.)

proporcionar la cosa ó á prestar sus servicios, y *conductor* (arrendatario, locatario) al que se compromete á pagar la retribucion. En el tercer caso (*locatio conductio operis*) estas denominaciones suelen hallarse á menudo invertidas. Si se atiende á la pericia y á los cuidados que debe poner, el arquitecto ó asentista es *locator* de su pericia y de sus cuidados (*operarum*) y el que le ha encargado la ejecucion de la obra es el *conductor*. Pero en la generalidad de los textos el empresario viene designado con el nombre de *conductor* ó *redemptor operis*. Bajo este concepto la construccion en sí misma se considera como un proyecto que pertenece á aquel que ha confiado á otro su realizacion y por lo tanto es *locator operis*. El empresario, por consiguiente, no hace más que tomar en arriendo la obra (*opus conduxit*) de lo cual proviene la denominacion de *conductor*. Aparte los nombres genéricos de *locator* y *conductor* el contrato de arrendamiento se ofrece bajo algunas denominaciones particulares; así, por ejemplo, el locatario de una finca rústica se llama *colonus* y el de una casa *inquilinus* (1).

I. *Reglas comunes á todas las clases de arrendamiento.*

Condiciones esenciales en todo contrato de arrendamiento.—Tres condiciones esenciales concurren en todo contrato de arriendo; el consentimiento de las partes, la cosa objeto del contrato, y el precio.

1º *Consentimiento.*—El contrato de arrendamiento es consensual. Como la venta, este contrato se perfecciona en el momento en que las partes se han puesto de acuerdo sobre la cosa que una de ellas ha de proporcionar á la otra y sobre la cantidad que esta debe satisfacer. (Instit., *pr.*, lib. III, título XXIV.) Mas si las partes han contratado bajo el supuesto de haber de redactarse una escritura (*instrumentum*) no se reputará perfecto el contrato sino en tanto que se haya extendido el documento y que no le falte á éste ningun requisito. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXIV) (2).

---

(1) Este *colonus*, simple arrendatario, no debe confundirse con los *coloni* que, hácia los últimos tiempos del Imperio, formaban una clase intermediaria entre los hombres libres y los esclavos. Véase, *supra*, lib. I, tit. VIII.

(2) La cita del proemio del tít. XXIV, lib. III de la Inst., que consigna el autor en este párrafo podria parecer equivocada, si no diesemos alguna explicacion acer-

2° *Cosa que ha de proporcionarse.*—De la misma suerte que en materia de venta, el objeto de la obligacion debe ser suficientemente determinado, pues de lo contrario estaria en la voluntad del arrendador el hacer ilusoria su obligacion. Puede ser muy vária la naturaleza del objeto del contrato de arrendamiento, pues así puede consistir en el uso y disfrute de una cosa, como en la prestacion de ciertos servicios, como en la ejecucion de una obra.

3° *Precio.*—Lo que tratándose de una venta se llama *pretium* recibe el nombre de *merces* en materia de arrendamiento. Tal es al ménos el término genérico. Tocante á los inmuebles, sean rústicos ó urbanos, el precio de arriendo toma el nombre de *pensio* ó de *reditus*. (L. 24, §§ 1, 2 y 4, D., *Locat. cond.*, lib. XIX, tít. II). Los requisitos que debe reunir el precio ó *merces*, son:

1° Ser *determinado*, ó por lo ménos *determinable en virtud del contrato*, de suerte que su fijacion no dependa en modo alguno de la voluntad de una de las partes. Si, pues, yo envío al batanero ó al sastre vestidos para limpiar, cuidar ó componer sin determinacion inmediata del precio, pero con el intento de pagar más tarde lo que entre nosotros se convenga, no cabe decir en realidad que se haya celebrado un arrendamiento (*locatio operarum*). ¿Cuál será la índole de semejante contrato? Despues de repetidas discusiones (Gayo, C. III, § 143) se ha decidido que no era sino un contrato innominado que podia dar fundamento á la accion *præscriptis verbis*. Miéntras el operario no termine su tarea no habrá otra cosa que un pacto sin fuerza obligatoria; cuando la tenga terminada, de la

---

ca de ella, por no verse en el citado proemio relacion directa con el punto de que acaba de tratar el texto del autor. El de la Instituta dice así: «*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditione, iisdemque juris regulis consistit*»; no habla del caso en que las partes hubiesen convenido en la otorgacion de un escrito, mas declarando que el arrendamiento es un contrato semejante á la compra-venta y que *se rige por las mismas reglas de derecho*, lógico es deducir que le serán aplicables las prescripciones que acerca el punto concreto de la escritura rigen para los contratos de compra-venta. De suerte que el autor habría podido, con más propiedad y exactitud, citar la Constitucion de Justiniano, inserta en el Código, lib. IV, tít. XXI, *De fide instrum.*, Const. 17, ó por lo ménos relacionar ambas citas, con lo cual queda el punto más esclarecido.—(N. del T.)

misma realizacion de la obra surgirá una accion contra mí. (Instit., § 1, *in fine*, lib. III, tít. XXIV.)

2° Debe ser el precio *real* y *no simulado.*

3° Consistir en numerario. Así, pues, en el caso de que dos personas hubiesen convenido en que cada una de ellas podrá respectivamente usar y disfrutar una cosa perteneciente á la otra, como seria, por ejemplo, el caso de dos vecinos que consintiesen en prestarse mútuamente sus bueyes durante diez dias para la labor de sus tierras, ¿podríamos decir que semejante convencion envolviese un verdadero arrendamiento? Discutieron acerca de este punto los jurisconsultos romanos; los sabinianos opinaban que habia en esta convencion un arrendamiento; los proculeyanos, por el contrario, suponian la existencia de un contrato innominado que daba lugar á la accion *præscriptis verbis* en favor de la parte que hubiese cumplido su compromiso. Esta última opinion fué la que sancionaron las Instituciones. (§ 2, *eod.*) Por otra parte, una convencion de tal índole no puede tampoco asimilarse al comodato, el cual, segun sabemos, es un contrato gratuito, miéntras que en el caso propuesto ninguno de los dos vecinos emplea gratuitamente los bueyes del otro, puesto que á su vez viene obligado á prestar los de su propiedad. (Instit., *ibid.*)

De las acciones relativas al contrato de arrendamiento.—Este contrato produce dos acciones:

La *locati*, que se concede al arrendador: 1°, para conseguir el pago del precio de arriendo en los términos que se hubiesen convenido (L. 54, *pr.*, D., *locat. cond.*, lib. XIX, tít. II); 2°, para exigir la restitucion de la cosa dada en arriendo al término del contrato (L. 48, § 1, D., *eod.*); 3°, para obtener una indemnizacion si la cosa hubiese perecido ó experimentado quebranto por culpa del locatario que debe cuidar por la conservacion de la cosa como un buen padre de familia. (L. 25, § 7, D., *eod.*) (1).

---

(1) Por el contrario, cuando la cosa ha perecido ó experimentado deterioro por caso fortuito ó de fuerza mayor, los textos resuelven que no deba responder del quebranto el locatario. Véase el § 6 de la misma ley 25 que cita el autor, la 37 del propio título, referente al arrendamiento de obra que requiera la aprobacion del arrendador, y la 59 en que se supone la ruina parcial de una casa por terremoto.—(N. del T.)

La accion *conducti*, que compete al locatario: 1°, para obtener el disfrute de la cosa arrendada por durante el tiempo convenido (L. 9, *pr.*, D., *eod.*); 2°, para lograr indemnizacion de los perjuicios que se le irroguen por haberse intentado judicialmente perturbarle en su disfrute. (LL. 7, 8 y 9, *pr.*, D., *eod.*); 3°, para que se le reintegren las impensas necesarias y todas las que hubiesen acrecentado la utilidad de la cosa dada en arriendo. (L. 55, § 1; L. 61, *pr.*, D., *eod.*)

Finalmente, las respectivas obligaciones del arrendador y del arrendatario deben regularse conforme á la equidad en falta de convencion expresa (*ex bono et æquo debet præstare.* Instit., § 5, lib. III, tít. XXIV.)

II. *De algunas reglas peculiares al arrendamiento de cosas.*

La venta y el arrendamiento de cosas ofrecen grande analogía entre sí, pero tambien difieren bajo ciertos puntos de vista.

Diferencias entre el arrendamiento de cosas y la venta.—1° La propiedad de una cosa no se traspasa en fuerza de la misma venta, pero la tradicion que en virtud de ella se hace da lugar á la traslacion de la propiedad en provecho del comprador, siempre y cuando la cosa perteneciese al vendedor; y en todo caso, la venta tiene por objeto procurar al comprador la posesion *ad usucapionem* de la cosa. Por el contrario, la tradicion que se verifica en virtud de arrendamiento no transfiere jamás la propiedad ni siquiera la posesion *ad usucapionem* de la cosa, sino tan sólo el uso y disfrute de la misma. (L. 25, § 1, D., *De acquir. poss.*, lib. XLI, tít. II). 2° Si la cosa vendida perece por caso fortuito áun ántes de la entrega, perece para el comprador, quien viene obligado á pagar la totalidad del precio sin que obste para ello la pérdida de la cosa. No sucede otro tanto cuando del arrendamiento se trata, pues entónces la cosa perece para el arrendador. Y ciertamente; es el arriendo un contrato que tiene tracto sucesivo; la obligacion de pagar el alquiler ó precio es correlativa al deber en que se halla el arrendador de procurar, *singulis momentis*, el disfrute de la cosa. Este disfrute, que se va repitiendo *quotidie*, es causa de la obligacion del locatario. Si, pues, la cosa arrendada llegase á perecer por caso fortuito, el arrendador

quedará exento de su obligacion de procurar al locatario el disfrute de la cosa, mas por su parte no deberá el locatario continuar pagando un tributo que desde aquel punto y hora careceria de toda razon de ser. (L. 9, § 1, D., *Locat. cond.*, libro XIX, tít. II; L. 15, D., *eod.*)

Diferencias entre el derecho del arrendatario y el del usufructuario.—La diferencia capital estriba en que aquel no tiene más que un derecho *personal*, mientras que el usufructuario tiene un derecho *real*, una desmembracion de la propiedad. De esta diferencia culminante derivan las siguientes consecuencias. En primer lugar, cuando el arrendatario se ve turbado en el disfrute de la cosa por terceras personas, ó cuando se le despoja de la posesion, no puede utilizar contra los perturbadores una accion real en reivindicion de su derecho; sólo tiene accion personal resultante del contrato para obligar á su arrendador á que le indemnice ó á que haga cesar la perturbacion que ha experimentado en el disfrute. Por el contrario, el que goza de un derecho de usufructo tiene, contra los terceros, medios de defensa y de ataque, pues se ve protegido por una accion real, la accion confesoria (1), y por los interdictos cuasi-posesorios (2). En segundo lugar, si el arrendador luego de haber alquilado su casa á *Ticio* la vende á *Sempronio*, ¿vendrá obligado éste á respetar el arriendo y á permitir que Ticio lo disfrute hasta la espiracion del término convenido? Lejos de ser así, Sempronio podrá espulsar á Ticio, y á éste no habrá de valerle oponer el derecho que le concedió el arriendo, porque no es más que un derecho de crédito contra el antiguo propietario. Lo único, pues, que podrá exigir Ticio á su arrendador, serán los daños y perjuicios por el quebranto que le causa la expulsion. En cuanto al adquisidor, nunca está obligado respecto del arrendatario. (L. 9, C., *De locat.*, lib. IV, tít. LXV.) Otra solucion muy distinta encontramos en el derecho francés (3). Mas el usufrutuario, te-

---

(1) Acerca de la accion confesoria, véase más adelante, lib. IV, tít. VI, y acerca de los interdictios cuasi-posesorios, lib. IV, tít. XV, *in fine*.

(2) Idem, id.

(3) Cód. civil, art. 1743. Si el arrendador enajena la cosa arrendada el adquisidor no podrá expulsar al arrendatario ó locatario que tiene á su favor un arriendo

niendo un derecho real sobre la cosa, no puede sentirse jamás perjudicado por la enajenacion consentida por el nudo propietario, ya que no ha podido este último traspasar al tercero más que la propiedad con deduccion del usufructo en virtud del principio: *Nemo plus juris*, etc. El comprador, pues, quedará obligado á respetar el derecho del usufructuario. En tercer lugar, el arrendador está obligado no solamente á entregar la cosa, sino á procurar su disfrute al locatario, en el sentido de que debe conservar la cosa en buen estado y hacer en ella las reparaciones convenientes. (L. 15, § 1, L. 19, § 3, D., *Locat. cond.*, lib. XIX, tít. II.) Por el contrario, una vez constituido el derecho de usufructo, al usufructuario le incumbe la conservacion de la cosa (1).

EXTINCION DEL CONTRATO DE ARRIENDO DE COSAS.

El arrendamiento de cosas termina:

1° *Por espiracion del término estipulado.*—Pero si al venci-

---

celebrado en forma auténtica ó con fijacion de término, á menos que en el contrato de arriendo no se hubiese reservado este derecho.—Las leyes modernas que regulan en España la materia de los arrendamientos han dejado en vigor algunas disposiciones de la ley de Partida que protegian el derecho de propiedad hasta un extremo que no sin razon se ha considerado injusto. Aludimos á la ley 19, tít. VII, Partida 5ª, que concede al comprador de alguna casa ó heredamiento que estuviese arrendado por tiempo cierto, la facultad de privar de su disfrute al arrendatario antes que se cumpla el plazo, exceptuando sólo de esta prescripcion el caso en que se estipuló que no pueda ser despojado el inquilino ó colono hasta la espiracion del término, aunque la finca se enajene ó cuando esta se arrendase por toda la vida del arrendatario ó la de éste y sus herederos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de Mayo y 12 de Setiembre de 1863 y 4 de Diciembre de 1866), ha reiterado la doctrina de que el arrendamiento hecho por el vendedor de la finca no obliga por regla general al comprador, salvo en los casos de excepcion que antes indicamos al referirnos á la ley 19 de Partida ó en los que, respecto á ciertos arrendamientos, consigna la ley Hipotecaria. (Sent. de 17 de Abril de 1868.)—La legislacion especial sobre arriendo de fincas rústicas y urbanas, y por último, la costumbre, han fijado plazos para el aviso prévio que debe darse á los arrendatarios antes de obligarles á abandonar las fincas arrendadas, y por fin, la ley Hipotecaria, dando proteccion más eficaz á los intereses de los arrendatarios y sin daño del comprador de buena fé que entra en el contrato con el conocimiento de una obligacion de que es sucesor, establece la necesidad de inscribir en el Registro los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban.—(N. del T.)

(1) Aun podríamos señalar otras diferencias bajo el punto de vista de la constitucion y de la extincion de ambos derechos.

miento del término continúa el locatario disfrutando la cosa, resulta por este mero hecho la presuncion de que las partes han querido renovar el primitivo contrato de arrendamiento (*tacito consensu eamdem locationem renovare videtur*); es lo que llamamos nosotros *tácita reconduccion*. (L, 13, § 11, L. 14, D., *eod.*) Aplícanse á la tácita reconduccion las mismas reglas del arriendo primitivo, salvo en lo tocante á la duracion; si se trata de un fundo rústico, el nuevo arriendo se considera celebrado por un año, tiempo indispensable para que pueda el arrendatario realizar la cosecha; si se trata de edificios (*prædiis urbanis*), no hay término fijado para la reconduccion, de donde se sigue que, de igual manera que en el arriendo por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede renunciarlo cuando le plazca, salvo si el arriendo anterior habia tenido plazo fijado por escrito, en cuyo caso tendrá lugar la reconduccion tácita por el mismo plazo (1), (*nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*. (L. 13, § 11, D., *eod.*)

2° *Por la pérdida de la cosa dada en arriendo.*—Cesa el derecho del propietario á percibir el precio del arriendo, desde aquel momento en que no puede procurar al locatario el uso y disfrute de la cosa, conforme á la obligacion contraida. (L. 9, § 1, D., *eod.*)

3° *Por sentencia judicial* recaida con ocasion de un disfrute abusivo de la cosa ó de no haberse pagado el precio durante dos años. (L. 54, § 1, D., *eod.*)

4° *Por culpa del arrendador* cuando no procura el disfrute de la cosa arrendada. (L. 13, § 7, D., *eod.*)

5° *Por tener necesidad el arrendador de recobrar la cosa.*—Cuando el propietario da en alquiler su casa, debe considerar-

---

(1) Véanse en el propio sentido, Vangerow, *Lehrb*,, t. III, § 644, n° 11, 2°; Windscheid, *id.*, t. II, § 402, 3°; de Fresquet, t. II, p. 176; Namur, 2ª edic., t. II, § 278, p. 29; Demangeat, t. II, p. 318.—En opinion de otros intérpretes el texto precitado debe ser traducido en estos términos: «á ménos que las partes no hayan determinado previamente en el contrato originario el tiempo por el cual debe considerarse prorogado el arriendo eventual.» Así opinan Schilling, *Lehrb.*, t. III, § 307, texto y nota 1; Maynz, t. II, § 302, p. 221, nota 13, y Van Wetter, t. II, § 231, p. 16, texto y nota 10.—Acerca de la reconduccion tácita puede consultarse, además, el *fr.* 13, § 11, y el *fr.* 14, Dig., lib. XIX, tit. II; Paulsen, *Diss. de relocationis tacitæ effectu in prædiis urbanis, ad.* L. 13, § *fin. Dig. Loc. cond.* Gœlt. 1775; Gluch, *Comm.*, 17 part., p. 278.—N. del T.)

se que lo hace porque no la necesita para habitarla personalmente; pero si más adelante prueba una necesidad indispensable, no hay duda que podrá despedir al inquilino y ocupar su habitacion. (L. 3, C., *De locato et conducto*, lib. IV, tít. LXV.)

6° *Por mútuo consentimiento de las partes.*—No termina el arrendamiento de cosas por la muerte del locatario (*conductor*) ni por la del arrendador (*locator*) (Instit., § 6, lib. III, título XXIV), por ser una regla general que los derechos y las obligaciones son transmisible á los continuadores de la persona del causante. Sabido es que no sucede otro tanto en el usufruto (1).

III. *Reglas peculiares al arrendamiento de servicios y al arrendamiento de obra.*

Analogía entre el arrendamiento de obra y la venta. —Existe una marcada semejanza entre uno y otro contrato. Supongamos que un industrial se compromete á confeccionar una obra, como, por ejemplo, un platero á quien se da encargo de construir anillos de oro de cierto peso y de cierta forma por una cantidad determinada, diez escudos. Pueden ofrecerse dos casos: primero, que el artífice haya recibido de la persona que le confió la ejecucion de la obra la primera materia, esto es, el oro destinado á labrar los anillos. En este caso el precio sólo se ha fijado para la mano de obra, y habrá un contrato de arrendamiento; la solucion no es dudosa. (*Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit*). Puede suceder, y es el segundo caso, que se conviniera en que el platero, además de su trabajo personal, facilitaria el oro necesario para la confeccion de los anillos. ¿Será este contrato un arrendamiento ó una venta? Casio era de parecer que debia separarse el acto en dos operaciones distintas y resolver que habia una venta de la materia y un arrendamiento del trabajo. Esta solucion resultaba complicada, y por esto prevaleció el criterio de que

(1) Véase, *supra*, lib. II, tit. IV.

el contrato no era más que una venta. (Instit., § 4, lib. III, tít. XXIV) (1).

EXTINCION DE LOS ARRENDAMIENTOS DE SERVICIOS Y DE OBRA.

Las varias reglas que dejamos expuestas respecto al término y rescision del arrendamiento de cosas pueden aplicarse al de servicios ó de obra, bien que mediante las modificaciones que reclama la índole particular de estas dos variedades del contrato de arrendamiento. Existe, por otra parte, con respecto á ellas, una causa especial de extincion. La *locatio operarum* se acaba por muerte del arrendador, porque con él perece, por decirlo así, la cosa arrendada, y la *locatio operis faciendi* fine por la muerte del *conductor*, del empresario, porque las aptitudes, el celo y la probidad de aquel á quien se ha encomendado la confeccion de una obra, no pocas veces influyen poderosamente en la *locatio operis faciendi*, y son cualidades que desaparecen con la persona que las poseia.

DE LA ENFITÉUSIS.

Definicion.—La enfitéusis es un contrato en cuya virtud el propietario de un terreno concede á una persona para sí y sus herederos, mediante un cánon ó pension anual, el disfrute del terreno á perpetuidad ó por larguísimo tiempo (cien años, por ejemplo).

ORÍGEN DE LA ENFITÉUSIS.

La enfitéusis debe su orígen al arrendamiento de los terrenos públicos concedidos á perpetuidad por el Estado ó por un municipio, mediante un cánon llamado *vectigal*. (Gayo, C. III, § 145; L. 1, *pr.*, D., *Si ager vectigalis*, lib. VI, tít. III). Más tarde se generalizaron estos arrendamientos perpétuos, extendiéndose á los bienes de las iglesias, y por último, á los de particulares (2).

(1) El Código civil parece considerar este contrato como un arrendamiento, art. 1788.

(2) Parécenos oportuno ampliar esta materia con algunos pormenores acerca del orígen de una institucion que desde los primeros tiempos de Roma hasta nuestros dias ha ofrecido constante interés bajo el triple aspecto histórico, económico

¿CUÁL ES EL CARÁCTER DEL DERECHO ENFITÉUTICO?

Permaneciendo el cedente propietario del fundo, el derecho del concesionario es mucho más extenso que en el arrendamiento comun, pues en realidad el dueño concede al loca-

---

y jurídico. Enlazada por su origen con el *ager publicus* de la antigua Roma, relacionada en época más reciente con el *ager vectigalis* de las colonias, de los municipios, de las diversas ciudades, de los colegios sacerdotales, con las distintas clases de bienes del Emperador que se llamaron *patrimoniales fundi, fundi rei privatæ, fundi fiscales*, y últimamente, con los bienes del Estado, de los comunes, de las corporaciones, del fisco y de los particulares, la institucion de la enfiteusis no apareció con sus lineamientos propios y distintos en el cuadro general del derecho romano hasta los tiempos del Imperio bizantino. El Estado, las ciudades, las corporaciones y los particulares, propietarios de vastos territorios, no pudiendo por sí mismos cultivarlos ni hacerlos cultivar por mandatarios, dábanlos en arrendamiento por largos plazos, con lo cual, además de beneficiar las tierras, asegurábanse una renta fija y permanente; mas como no hubiera bastado el interés que nace de un mero arrendamiento para que los colonos dedicasen al laboreo de aquellas tierras incultas y yermas el esfuerzo y la fecunda perseverancia del que trabaja en provecho y mejora de una cosa propia, forzoso era—y los hechos tendian por sí mismos á este resultado—reconocer en los arrendatarios un derecho, que sin destruir el más excelente de propiedad que al Estado, á las corporaciones ó á los particulares competia en sus respectivos territorios, les transfiriera en gran parte las más preciadas ventajas del dominio. No en sólo un dia, sino por el sucesivo desenvolvimiento del proceso histórico, y merced á las tendencias y necesidades económicas que en el fondo de aquella organizacion jurídica se revelaban, fuéronse delineando poco á poco los derechos del concesionario, convirtiéndose el primitivo arrendamiento en un derecho particular, con naturaleza propia y característica, y tomando, por último, una denominacion especial, *emphyteusis*, cuya raiz griega, ἄπό του ἐμφυτευειν, plantar, sembrar, ingertar, revela por sí sola el origen y el objeto del derecho. Sin embargo, la naturaleza jurídica de la convencion que media entre el propietario y el concesionario es, al principio, la de un arrendamiento en toda la integridad de esta institucion, y tal era el concepto predominante en tiempo de Gayo respecto al contrato de concesion del *ager vectigalis*: «*Sed magis placuit locationem conductionemque esse.*» (Gayo, Comm. 3, § 145); pero á medida que el derecho del concesionario se separa y distingue del derecho de un arrendatario comun y toma de la propiedad gran parte de sus excelencias y prerogativas, y aparece con el carácter de un derecho real, surge la duda sobre si este singular linaje de contrato es una venta, pues forzosamente debia clasificarse dentro del sistema de los contratos ya definidos por el derecho. Preciso es llegar á los tiempos del Emperador Zenon para ver la enfitéusis convertida en contrato perfectamente distinto, acompañado de una accion propia é interpuesto en el número de los contratos consensuales reconocidos por el derecho civil entre la *emptio-venditio* y la *locatio-conductio*. Ultimamente, el derecho enfitéutico que comenzó teniendo por objeto las tierras, ora el *ager* del Estado ó de los municipios, ora los *latifundia* de los particulares, llegó á recaer tambien sobre los edificios. (D., lib. XXXIX, tít. II, *De damno infect.*, 15, § 26, f. de Ulp.—Nov. 7, cap. III, § 2 y Nov. 120, cap. I, § 2 de Just.).—(N. del T.)

tario una especie de derecho real, una desmembracion del derecho de propiedad. Si alguno intentase perturbar al concesionario en su posesion, hallaria suficiente amparo en la accion real útil (*utilitatis causa*). Pero bajo el punto de vista de las relaciones entre concedente y concesionario, ¿cómo debe ser considerado el contrato de enfitéusis? ¿Es una venta ó un arrendamiento? Cuestion largamente debatida entre los jurisconsultos romanos, y que ofrece no escasa importancia bajo el punto de vista de los riesgos. En efecto, si se asimilaba la enfitéusis al arrendamiento, los riesgos debian córrer á cargo del propietario, y en el caso de perecer la cosa, el concesionario quedaba libre de su obligacion de pagar el cánon. Por el contrario, si se asimilaba á la venta, el concesionario, á la manera que todo comprador de una especie determinada, quedaba expuesto á los riesgos y obligado á pagar el cánon aunque pereciese la cosa. Mas, sin embargo, hubo de prevalecer á la postre la opinion que asimilaba el contrato enfitéutico al de arrendamiento, á pesar de que tal solucion distaba mucho de ser satisfactoria y de hallarse conforme con la sana interpretacion de la voluntad de las partes. Por ello, pues, en la época del Bajo Imperio el Emperador Zenon resolvió que se considerase como un contrato *sui generis* que no siendo de todo en todo venta ni arrendamiento participase á la vez de la naturaleza de ambos contratos, conociéndose con la denominacion especial de *enfitéusis*. De donde se ha originado el nombre de *enfiteuta* (*emphyteuta*) con que se distingue al que tiene esta desmembracion particular del derecho de propiedad y que anteriormente se llamaba *conductor*, y el de *prædium emphyteuticarium* para designar el inmueble que forma objeto de la enfitéusis (el primitivo *ager vectigalis*). (Instit., § 3, libro III, tít. XXIV.)

¿CÓMO SE CONSTITUYE LA ENFITÉUSIS?

De tres maneras, á saber:

1º Por convencion. Se ha discutido acerca de si es necesaria la tradicion para adquirir el derecho real enfitéutico (1);

(1) Véase, *supra*, lib. II, tit. II.

2º Por acto de postrera voluntad;

3º Por usucapion. Tambien ha sido este punto materia de discusion (1).

DIFERENCIAS QUE SEPARAN AL ENFITEUTA DEL ARRENDATARIO COMUN DE UN INMUEBLE.

1º *Bajo el punto de vista del disfrute de la cosa.*—El locatario disfruta de ella conforme al destino que tenia en el momento de la locacion; no tiene derecho á modificar la manera de ser ni la sustancia de la cosa. Así, por ejemplo, el arrendatario de un terreno plantado de viña no podria arrancar las cepas y convertir en pradera el viñedo. El enfiteuta, por el contrario, tiene derecho á gozar del inmueble de la manera más ámplia, y de transformar la sustancia de la cosa con tal de que no la deteriore.

2º *Bajo el punto de vista de los riesgos.*—El locatario no ha de sufrir los riesgos de la pérdida total de la cosa arrendada ni siquiera los de la pérdida parcial; estos quebrantos vienen siempre á cargo del arrendador. No acontece otro tanto con el enfiteuta, quien experimenta los riesgos de la pérdida parcial y debe pagar la pension ánua miéntras no se pierda la cosa en totalidad. Bajo este concepto, pues, la enfitéusis tiene analogía con la venta. Solamente cuando la cosa hubiese perecido por completo dejará de ser exigible la pension, como en el arrendamiento sucede. (Instit., § 3, lib. III, tít. XXIV.)

---

(1) *Sic*, Windscheid. *Lehrb.*, t. I, § 221, nota 8; Van Wetter, t. I, § 132, p. 462 y 463. —*Contra:* Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 360; Namur, 2ª edic., t. I, § 189, p. 261; Maynz, t. I, § 236.—El profesor Ortolan al hablar de los hechos constitutivos que pueden dar orígen, ya al derecho real de enfitéusis, ya á las obligaciones que lo acompañan, dice que se ofrecen como posibles en teoría los contratos, las donaciones, los legados y la prescripcion, mas que no cabe asegurar si tuvieron todas aplicacion práctica entre los romanos. El texto de la Instituta nos habla suficientemente del contrato particular que tuvo en tiempo de Zenon una existencia, un nombre y una accion exclusivamente propias, pero que, sin embargo, se contaba todavía en el número de los contratos consensuales del derecho civil. Es preciso, dice, distinguir con cuidado entre el derecho real y las obligaciones, y no perder de vista que el objeto único de los contratos es producir obligaciones entre los contratantes. No tiene, pues, otro objeto el contrato relativo al establecimiento de la enfiteusis; para que exista el derecho real se necesitan otros medios de establecimiento; en tiempo de Justiniano la cuasi-tradicion.—(N. del T.)

3º *Bajo el punto de vista de la transmisibilidad.*—Cuando muere una ú otra de las partes que celebraron arrendamiento, los efectos del contrato se trasmiten á sus herederos ó sucesores *in universum jus*, al paso que los del contrato enfitéutico pueden trasmitirse no sólo á los herederos ó sucesores por título universal, sino tambien á los que lo sean por virtud de un título singular. El enfiteuta podrá, pues, vender su derecho, mediante que se llenen determinadas y especiales condiciones. Justiniano impuso á los enfiteutas que tratasen de enajenar su derecho sobre la cosa, la obligacion de ponerlo en noticia del *dominus*, quien tendrá un plazo de dos meses para utilizar el tanteo, es decir, que goza el derecho de ser preferido al adquisidor, y puede recobrar la posesion de su inmueble pagando al enfiteuta el precio que le ofrece el comprador extraño. No ejercitando el propietario su derecho de preferencia, deberá tolerar la venta y la transmision al adquisidor de las obligaciones que pesaban sobre el enfiteuta. Mas en semejante caso, el propietario deberá percibir la cinquentésima parte, ó sea el 2 por 100 del precio de la venta hecha por el enfiteuta. (L. 3, C., *De jure emphyt.*, lib. IV, tít. LXVI.)

EXTINCION DE LA ENFITÉUSIS.

La enfitéusis termina:

1º Por pérdida total de la cosa. (L. 1, C., *eod.*)

2º Por muerte del enfiteuta cuando deja herederos.

3º Por prescripcion en cualquiera de los tres casos siguientes: cuando el enfiteuta adquiere la cosa de quien no es propietario y llega á usucapirla; cuando un tercero, habiendo adquirido la cosa de uno que no fuese propietario, la posee por largo tiempo contra el propietario y contra el enfiteuta; cuando el propietario deja prescribir su accion personal contra el enfiteuta.

4º Por renuncia de este último.

5º Por falta de pago del cánon durante tres años, ó solamente dos si trata de una enfitéusis constituida sobre bienes eclesiásticos. (L. 2, C., *eod.*; Nov. VII, cap. III, § 2, y CXX, capítulo VIII.)

TITULO XXV

De la sociedad.

Definicion.—La sociedad es un contrato consensual, á título oneroso, por el cual dos ó más personas acuerdan poner en comun su bienes ó su industria, con el objeto de repartirse los beneficios y las pérdidas que les provengan.

CONDICIONES ESENCIALES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

En todo contrato de sociedad deben concurrir tres condiciones esenciales: el consentimiento de las partes, la aportacion recíproca y un interés comun.

1° *Consentimiento de las partes.*—No puede haber contrato sin consentimiento. Para que sea este perfecto, esto es, para que produzca las respectivas acciones, no necesita el contrato de sociedad ni de tradicion, ni de escritura, ni de palabras solemnes; basta que las partes háyanse puesto de acuerdo respecto á las aportaciones que cada una debe hacer. (L. 4, *pr.*, D., *Pro socio*, lib. XXII, tít. II.)

2° *Aportacion recíproca.*—Esta puede consistir en la propiedad de una cosa que pongan en comun, ó en el mero usufruto ó en la sola industria. (Instit., § 2, lib. III, tít. XXV). De aquí resulta que si yo convengo con un tercero que no aporta nada, ni bienes, ni dinero, ni siquiera su aptitud personal, en asociarle á los beneficios que yo pueda obtener en una determinada empresa, tal convencion como esta no constituirá en modo alguno un contrato de sociedad, sino una mera donacion (*donationis causa societas recté non contrahitur*). (L. 5, § 2, D., *eod.*) (1).

(1) Lo que aporten los socios al fondo comun pueden ser cosas de la misma ó de distinta naturaleza, dinero, objetos corpóreos, créditos y áun sólo trabajo é industria (Dig., lib. XVII; tít. V, § 1), mientras no se trate de cosas ó actos inmorales ó ilícitos. Así dice Ulpiano en el § 57 del texto citado: *«Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.»*—(N. del T.)

3º *Un interés comun*.—Es preciso, ante todo, que cada uno de los socios abrigue la esperanza de una particion de beneficios en caso de que la sociedad los realizase; por este motivo seria nula y destruiria por completo el contrato, la cláusula que atribuyese á uno sólo de los asociados la totalidad de los beneficios. Semejante pacto daria lugar á lo que llamaban los juriconsultos romanos sociedad leonina (*leonina*) (1). Es preciso, por otra parte, que cada socio esté sujeto á la eventualidad de las pérdidas que puedan afectar á la sociedad. Así la cláusula en que se declare quedar exenta de toda contribucion á las pérdidas la parte de uno de los asociados, seria nula y anularia por completo el contrato. (L. 29, § 2, D., *eod.*) Esta disposicion ha trascendido á nuestro Código civil, artículo 1855 (2).

Diversas especies de sociedad.—Son cinco, á saber:

1º La sociedad *totorum bonorum* que comprende todos los bienes presentes y futuros, y todos los beneficios que puedan sobrevenir á los asociados, ya sea por sucesion, donacion ó legado. En derecho francés, la sociedad universal de todos los bienes, no puede alcanzar á los que provengan de sucesiones ó donaciones (3). (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXV.)

---

(1) Este calificativo alude á la sociedad del leon con los demás animales de la fábula de Esopo, transcrita por Juan Fab. en el § 1, Instit, *de societ.* y por Alber. en la 29, § 2, D., *pro socio.*—(N. del T.)

(2) Cód. civil, art. 1855. Es nulo el pacto en que se atribuyese á uno de los asociados la totalidad de los beneficios. Tambien lo será la estipulacion que se hiciese declarando exentos de contribuir á las pérdidas, los capitales ó efectos aportados al fondo social por uno ó varios de los asociados.—Igual disposicion consigna la ley 4ª, tít. X, Partida 5ª: «Mas si fazen pleyto, que el vno que ouiesse toda la ganancia, e que non ouiesse parte en la pérdida ó toda la pérdida fuese suya, e non ouiesse parte en la ganancia, non valdria el pleyto que desta guisa pusiessen. E tal compañia como esta llaman las leyes leonina.»—(N. del T.)

(3) Cód. civil, art. 1837. La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en comun todos los bienes muebles é inmuebles que posean actualmente y los provechos que puedan reportar de los mismos. Pueden tambien comprenderse cualesquiera otras ganancias, pero los bienes que pudiesen provenirles por sucesion, donacion ó legado sólo pueden aportarlos en usufructo; queda prohibida toda estipulacion por la que se aporte al fondo social la propiedad de dichos bienes, salvo entre cónyuges y en conformidad á lo que acerca de este punto se prescribe.—«Puedese fazer la compañia en dos maneras. La una manera es, quando la fazen de esta guisa; que todas las cosas que han quando fazen la compañía é las que ganaren dende en adelante, sean comunales, é tambien la ganancia, como la pérdida que pertenesca á todos.» (Ley 3, tít. X, Part. 5ª). Luego para

2° La sociedad *omnium quæ ex questu veniunt* que comprende todas las adquisiciones á título oneroso, todos los beneficios que cada uno de los asociados puede adquirir por causa que no sea la de sucesion, legado ó donacion. (LL. 7 y 13, D., *eod.*)

3° La sociedad *alicujus negotiationis* constituida para ejercer en comun una determinada índole de comercio, partiendo las ganancias y las pérdidas. Tal seria, por ejemplo, la que se constituyese para la compra y venta de esclavos. (Instit., *pr.*, *eod.*)

4° La sociedad *unius rei* formada para llevar á cabo una determinada operacion comercial; v. gr., para la explotacion de una mina, para la compra y venta del cargamento de un buque. (L. 5, *pr.*, D., *eod.*)

5° La sociedad *vectigalis* formada entre los publicanos (1), para la recaudacion de los impuestos. El régimen de esta clase de sociedades, obedece á principios particulares. (D., *ibid.*)

Cuando al asociarse las partes no hayan hecho expresion concreta de la especie de sociedad que tratan de constituir, se presumirá que existe una sociedad universal de ganancias (*si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex questu veniunt.*) (L. 7, D., *eod.*) (2).

De la proporcion en que participa cada socio de las ganancias y de las pérdidas.—La parte correspondiente á cada uno de los asociados, se halla determinada por la convencion de las partes, ó por un árbitro que hayan designado en la escritura de sociedad, ó finalmente por la ley.

1° *Regulacion de partes por convencion entre los interesados.*—Los asociados pueden establecer la proporcion en que hayan de repartirse los beneficios ó soportarse las pérdidas, y esta proporcionalidad permite de ordinario establecerla tambien entre las diversas aportaciones de los co-asociados. Por ejem-

---

que la sociedad se entienda universal, será menester que así se exprese; como lo prueban, además de esta ley, la 3ª, § 1, D., *pro socio* y la ley 7 del mismo título de la Part. 5ª, bastará que se diga que debe comunicarse cuanto se adquiera, por cualquier título que fuere. (N. del T.)

(1) Entre los romanos llamábanse así los arrendadores ó recaudadores de las rentas públicas. (N. del T.)

(2) La presuncion romana no ha sido admitida por nuestra legislacion, que consagra otra del todo distinta. Véase Cód. civil, art. 1839.

plo; se acuerda que *Ticio* percibirá el tercio de los beneficios y contribuirá con un tercio en las pérdidas, y que *Primus* tendrá los dos tercios así en los beneficios como en los quebrantos. (Instit., § 1, *eod.*; L. 29, *pr.*, D., *eod.*)

¿Pueden los contratantes fijar partes distintas para la ganancia que para la pérdida?—¿Será válida la convencion en que *Ticio* y *Seyo*, al asociarse, acuerden que á Ticio corresponderán los dos tercios de la ganancia y el tercio de la pérdida, y á Seyo los dos tercios de la pérdida y el tercio de la ganancia?

Quinto Mucio la juzgaba contraria á la esencia misma de la sociedad; mas Servio Sulpicio, cuya opinion ha prevalecido, sostenia lo contrario fundado en que puede ser de tal modo estimable la industria de uno de los socios que sea muy conforme á la equidad dejarle disfrutar de mejor condicion que los socios restantes (*quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet*). Tambien puede convenirse, segun Servio Sulpicio, en que uno de los asociados participará de la ganancia sin contribuir á la pérdida (Instit., § 2, *eod.*); tambien acerca de este punto ha prevalecido la opinion del nombrado juriconsulto. En esta materia nos precisa consignar dos observaciones: 1ª Los derechos de cada socio deben determinarse conforme al resultado definitivo de la sociedad, de tal suerte, que si el total de las pérdidas excede al de las ganancias, el socio que no deba contribuir á las primeras no tendrá ni pérdida ni beneficios; y si, por el contrario, el total de las ganancias adquiridas excede al de las pérdidas experimentadas por la sociedad, el socio á quien nos referimos sólo percibirá su parte á proporcion del excedente; mas lo que no podrá decirse nunca es que haya de percibir una parte del beneficio en cada operacion ventajosa que realice la sociedad, y que no deba concurrir á la pérdida cuando el éxito de la operacion sea desfavorable (*ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum, allatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligatur lucri esse*). (Instit., § 2, *in fine*). 2ª El pacto por el cual uno de los socios deba quedar exento de contribuir á las pérdidas, parece contrario al principio esencial del contrato de sociedad relativo á la participacion de cada socio en las pérdidas cuando los negocios de la

sociedad son desfavorables. Y ciertamente: no cabe dejar á uno de los asociados á salvo de la pérdida de su aportacion; pero bien puede pactarse que no experimentará el *damnum* en lo que exceda del capital aportado, cualquiera que sea su naturaleza, ya consista en bienes materiales, ya en la sola industria, porque áun en este último caso, esto es, cuando se trate de un socio que sólo puso á contribucion su trabajo personal, por más que no estuviese obligado á soportar las pérdidas, es indudable que siempre habrá perdido por lo ménos lo que aportó, esto es, el fruto de su laboriosidad y de sus esfuerzos durante la vida de la sociedad.

Excusado parece advertir que si los socios han fijado únicamente la proporcion en que han de percibir las ganancias, sin hacer mérito de las pérdidas, ó viceversa, la determinacion establecida para unas servirá de base para computar las otras. (Intit., § 3, *eod.*)

2º *Regulacion de partes confiada al arbitrio de un tercero ó de uno de los asociados.*—Los socios, en vez de fijar por sí mismos las partes, pueden confiar esta fijacion al arbitrio de un tercero ó de uno de ellos, en cuyo caso no podria oponerse reparo á la decision del árbitro mientras ella no fuese manifiestamente contraria á la equidad. (L. 6, D., *eod.*) (1).

3º *Regulacion de las partes por la ley.*—Cuando no la hubiesen establecido los interesados ni encomendado á la decision de un árbitro, debian dividirse los beneficios y las pérdidas, segun la Instituta, por partes iguales (*æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur*). ¿Pero debemos interpretar el texto de la Instituta (§ 1, *eod.*), en el sentido de una igualdad matemática y absoluta, ó de una igualdad proporcional? ¿El que aportó cuatro partes de las cinco que constituyeron el haber social, tendrá cuatro quintos de las ganancias y de las pérdidas, correspondiendo el quinto restante al otro asociado, ó bien llevará cada uno de ellos la mitad en los beneficios y en las pérdidas sin tener en cuenta la distinta entidad de las

---

(1) Cód. civil, art. 1854. Si los asociados han convenido en someterse á uno de ellos ó á un tercero para la regulacion de partes no podrá impugnarse esta regulacion como no fuese contraria á la equidad.—Véanse las leyes 76, 77, 78 y 79, Digesto, lib. XVII, tit. II. (N. del T.)

aportaciones? La opinion que debe prevalecer es la de una igualdad matemática absoluta, esto es, de una parte civil, y por consiguiente, cada uno de los socios tendrá una participacion por mitad así en los beneficios como en las pérdidas. En efecto: la industria del que aportó la menor parte puede muy bien, con esta aportacion mínima, igualar y áun sobrepujar en importancia, el capital efectivo del otro socio; y como por otra parte el derecho romano no habia dado á la aportacion de industria un valor legal, no habria términos hábiles para determinarlo cuando faltase convencion expresa; de donde proviene la imposibilidad absoluta de aplicar el principio de igualdad proporcional (1).

Distinto criterio ha adoptado la legislacion francesa (2).

DE LAS ACCIONES RELATIVAS A LA SOCIEDAD.

La sociedad es un contrato sinalagmático perfecto, que da orígen á tantas acciones y obligaciones cuantas sean las partes contratantes. Mas desempeñando cada una de estas el mismo papel dentro de la sociedad, todas las acciones que nacen del contrato son idénticas y vienen á formar una sola accion, que bajo el nombre de accion *socii* ó *pro socio*, corresponde á cada uno de los miembros de la compañía para lograr el cumplimiento de los compromisos resultantes del con-

---

(1) Acerca de esta debatida cuestion y en el propio sentido, pueden consultarse las obras de Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 655; Keller, *Pand.*, § 346, p. 656; Ortolan t. III, p. 304, nº 1530; de Fresquet, t. II, p. 186; Demangeat, t. II, p. 326; Thézard, p. 255; Maynz, t. II, § 311, p. 253, texto y nota 23; Namur, 2ª edic., t. II, § 284 p. 36; Van Wetter, t. II, § 234, p. 24, nota 21; Labbé y Machelard, en sus lecciones.—En apoyo de la opinion consignada en el texto y robustecida con las citas de los mentados autores, pueden consultarse una multitud de fragmentos del Digesto en que se interpreta de igual modo la frase *aequas partes* usada en el texto de la Instituta. Véase, ley 29, *pr.*, lib. XVII, tít. II, *pro socio*; leyes 6ª y 76, idem; la 8ª, lib. VI, tít. I, *De rei vindict.*; la 7ª, § 2 del lib. XXXIV, tít. V, *De reb. dub.*, la 23, lib. XXXVI, tít. I, *Ad Sen.-Cons. Trebell.*, la 15, § 18, y 40, § 4 del lib. XXXIX, tít. II, *De damn. infect.*, y la 5ª, § 2 del lib. XLVI, tít. III, *De solut. et liber.* (N. del T.)

(2) Cód. civil, art. 1853: Cuando la escritura social no establezca la porcion que haya de corresponder á cada socio en los beneficios y pérdidas, la parte de cada uno será proporcional á lo que aportó al fondo de la sociedad. En cuanto al que sólo hubiese aportado su industria, su participacion en los beneficios ó en las pérdidas se computa como si su aportacion hubiese sido igual á la del socio que aportó ménos.

trato. Vimos al tratar de la venta y del arrendamiento que de tales contratos nacian acciones distintas entre las partes, lo cual proviene de que no son unas mismas sus obligaciones, y de esta diferencia entre las obligaciones resulta la diferencia entre las acciones. La *pro socio* se distingue bajo los dos conceptos ó particularidades siguientes: en primer lugar, porque los socios no pueden ser condenados en sus mútuas reclamaciones, sino en concurrencia de los medios de que dispongan *in quantum facere potest:* es lo que se llama vulgarmente beneficio de competencia (L. 63, *pr.*, y §§ 1 á 3, D., *eod.*); y en segundo lugar, porque la condena resultante de la accion *pro socio* lleva consigo la nota de infamia. (L. 1, D., *Qui not. inf.*, lib. III, tít. II.)

La accion *socii* ó *pro socio*, accion de buena fé (*bonæ fidei*), tiene por objeto: 1°, obligar á cada uno de los socios á que aporte al fondo social la parte que prometió y á indemnizar á los demás socios por capital é intereses de su falta de aportacion, así como tambien de las cosas del haber comun que hubiese dedicado á usos personales ó cuya restitucion demorase (L. 21, L. 67, *pr.*, y § 1, D., *eod.*); 2°, obligarle á rendir cuentas; 3°, obtener indemnizacion de las pérdidas causadas á la sociedad por el dolo ó culpa de uno de los socios. Cada uno de ellos, aunque responsable de sus faltas en la gestion social, no está obligado, sin embargo, á prestar más diligencia que la que suele poner en sus propios negocios, y no la de un diligentísimo padre de familia. No cabria exigir otra cosa. El que ha formado sociedad con un hombre poco activo y negligente debe imputarse á sí mismo el mal acierto que tuvo en la eleccion (Instit., § 9, *eod.*); 4°, obtener el socio que ha sufridó pérdidas, hecho gastos ó contraido obligaciones en interés de la sociedad, una indemnizacion de cada uno de sus co-asociados. (L. 38, § 1; L. 52, §§ 4, 10, 12 y 15, D., *eod.*)

No es asimismo la accion *pro socio* la que se concede para conseguir que cese, luego de disuelta la compañía, la comunidad, la indivision que subsiste despues de aquel hecho. Esta accion será la de *communi dividundo* que compete á los socios para repartirse la cosa comun. (L. 1, D., *Comm. divid.*, lib. X, tít. III.)

CAUSAS DE DISOLUCION DE LA SOCIEDAD.

Cuatro causas, al decir de Ulpiano, pueden ocasionar la disolucion de la sociedad: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione.* (L. 63, § 10, D., *Pro socio*, libro XVII, tít. II). A los referidos modos de disolucion precisa añadir otro, cual es: *ex tempore.* (L. 1, *pr.*, D., *eod.*)

I. *Ex personis.*

1° Por muerte de uno de los socios. No subsiste la sociedad con los herederos del socio fallecido, porque la sociedad siempre se forma en contemplacion á las personas que deben constituirla (*quia qui societatem contrahit certam personam sibi elegit*). No continúa tampoco entre los socios sobrevivientes. La ley ha considerado que tal vez las cualidades personales del socio difunto han sido el móvil que llevó á los socios sobrevivientes á formar parte de la sociedad. Cabe, sin embargo, estipular que, caso de morir uno de los asociados, continuará la compañía entre los sobrevivientes (*nisi in coeunda societate aliter convenerit.* (Instit., § 5, *eod.*) No se permite asimismo pactar de antemano que la sociedad seguirá con los herederos del socio fallecido (*nec ab initio pacisci possumus, ut heres succedat societati*). (L. 35, L. 59, *pr.*, D., *eod.*) Dentro de la legislacion francesa, por el contrario, es válida semejante cláusula (1).

(1) Cód. civil, art. 1868. Si se hubiese estipulado que en caso de muerte de uno de los asociados, continuaria la sociedad *con su heredero* ó sólo entre los socios sobrevivientes, se cumplirán estas disposiciones; en el segundo caso el heredero del socio difunto sólo tiene derecho á la liquidacion de la sociedad respecto á la situacion que tuviese al tiempo del fallecimiento, y no participa de los derechos ulteriores, sino en cuanto sean consecuencia necesaria de lo que se hubiese comenzado antes de la muerte del socio á quien sucede.—Es un principio de la legislacion española, consignado en la ley 3ª, tít. XI, lib. I del Fuero Real, con la cual guardan consonancia la 11, tít. XIV, Partida 3ª, y 26, tít. V, Partida 5ª, que el que contrata lo hace para sí y para sus herederos, pero no puede entenderse extensivo al contrato de sociedad, miéntras no se pacte expresamente, porque, por regla general la sociedad no puede legalmente contraerse con personas inciertas; por consiguiente, sus efectos no alcanzan á los herederos de los socios, cuando este ha fallecido antes de principiar el negocio para que aquella se formó. (Sent. del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1861.) Cabe, pues, pactar la subsistencia de la com-

Cuando la sociedad queda disuelta el heredero sucede, sin embargo, en los beneficios y contribuye á las pérdidas resultantes de las operaciones anteriores á la disolucion.

Respecto á las sociedades constituidas para el arriendo de las rentas públicas (*societas vectigalis*), era válida la convencion que de antemano se hiciese para que, caso de morir uno de los socios, continuara la sociedad con los herederos del fallecido, y áun cuando no hubiese mediado pacto expreso, tales herederos participaban en ganancias y en pérdidas del resultado de las operaciones posteriores á la muerte de su causante, aunque por sí mismos no formasen parte de la sociedad. (L. 59, L. 63, § 8, D., *eod.*) (1).

2° Por la *máxima* y la *media capitis deminutione*, segun el derecho justinianeo (L. 63, § 10, D., *eod.*), y áun por la *capitis deminutio minima* en la época de Gayo. (C. III, § 153.)

3° Por la confiscacion (*publicatio*) de todos los bienes de un socio ó por la cesion de los mismos (*si bonis suis cesserit*). (Instit., §§ 7 y 8, *eod.*)

II. *Ex rebus.*

1° Por haberse terminado la operacion que formaba el objeto exclusivo de la sociedad. (Instit., § 6, *eod.*)

2° Por pérdida de la cosa que constituia el capital comun ó por haber quedado fuera del comercio. (L. 63, § 10, D., *eod.*)

III. *Ex voluntate.*

Por voluntad de las partes ó de una de ellas cuando no

---

pañía entre los socios sobrevivientes ó con los herederos del difunto; y con relacion especial á las sociedades mercantiles, así lo consigna el art. 329 del Código de Comercio vigente, y el 214 del proyecto de nuevo Código que en estos momentos se prepara. (N. del T.)

(1) La sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 31 de Diciembre de 1861 que acabamos de citar en la nota precedente, consigna la doctrina de que si bien, por regla general, el que contrata lo hace para sí y para sus herederos, este principio no se considera extensivo al contrato de sociedad «áun cuando se celebre sobre el arrendamiento de rentas ó impuestos del Estado ó de arbitrios de los pueblos,» mientras en el contrato no hubiese mediado pacto expreso relativamente á este punto; de lo contrario, los efectos de las operaciones de la sociedad sólo alcanzarán á los herederos del socio difunto, en cuanto aquellas estuviesen ya terminadas ó al ménos comenzadas al tiempo del fallecimiento. (N. del T.)

quiera continuar en sociedad (*cum aliquis renuntiaverit societate, solvitur societas*). Esta renuncia, sin embargo, no debe ser intempestiva ni fraudulenta. *Intempestiva* (*intempestive*), esto es, hecha en tal ocasion que deba causar perjuicio á la sociedad (*eo tempore quo interfuit sociis non dirimi societatem*). Considérase inoportuna la renuncia que hiciese uno de los socios ántes del término fijado cuando se convino entre los socios permanecer unidos en sociedad durante un tiempo determinado, salvo que muy graves motivos le obligasen á salirse de la compañía. *Fraudulenta* (*si callide in hoc renuntiaverit societate, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat*), cuando el socio presenta su renuncia con el intento de apropiarse con exclusion de los demás asociados un provecho que éstos se proponian obtener en comun. Tal sucederia, por ejemplo, si en una sociedad *totorum bonorum* uno de los socios á quien se hubiese deferido una herencia se retirase de la sociedad para aceptarla y disfrutarla exclusivamente. Esta renuncia no será válida, y el renunciante, que no queda libre de las mútuas obligaciones que le unen á sus co-asociados, veráse forzado á poner en comun el provecho que hubiese obtenido (*cogitur hoc lucrum communicare*). (L. 65, §§ 3, 7, D., *eod.*) En cuanto á los socios á quienes se ha dirigido una renuncia fraudulenta, lucrarán, con entera exclusion del renunciante, cuantos beneficios haya realizado la sociedad posteriormente á dicho acto. (Instit., § 4, lib. III, tít. XXV) (1).

IV. *Ex actione.*

Por efecto de una novacion, ora sea convencional (como

---

(1) El legislador francés no ha considerado justa esta solucion. Compárese con el art. 1870 del Cód. civil.—Como suele andar en las manos de gran número de escolares una traduccion de la obra de M. Ortolan: «Explicacion histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano» creemos oportuno aprovechar esta ocasion para desvanecer el concepto equivocado á que fácilmente podria dar lugar la version del texto latino de la Instituta (§ 4) que se halla en la pág. 339, t. II de la aludida edicion española; concepto equivocado que no seria bastante á rectificar el comentario, sobrado conciso, del autor francés. Dice así el texto latino, en el último apartado del § 4, tít. XXV, lib. III: «*Ei vero cui renunciatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur.*» Échase de ver, pues, que hay notorio error en traducir estas palabras diciendo: «E cuanto á aquel que ha re-

una estipulacion), ora sea judicial (como la *litis contestatio*), cuyo resultado es un cambio en las relaciones jurídicas creadas por el contrato de sociedad. (L. 65, *pr.*, D., *eod.*)

V. *Ex tempore.*

Por la espiracion del término estipulado, en cuanto cada socio queda entónces libre de retirarse, sin que por ello incurra en responsabilidad ninguna, por más que la llegada del término no es causa necesaria de disolucion. (L. 65, § 6, D., *eod.*)

TÍTULO XXVI.

Del mandato.

Definicion.—El mandato es un contrato consensual en cuya virtud una persona encomienda gratuitamente un negocio lícito á otra persona que acepta la comision. El mandante se llama *mandans, mandator* ó *dominus* y el mandatario *procurator*.

Carácter esencial del mandato.—El mandato es esencialmente gratuito; este carácter es el que le distingue del arrendamiento de servicios (*nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse*) (Instit., § 13, lib. III, tít. XXVI.) Mas con todo, si el precio de los servicios prestados es cosa que re-

---

nunciado todo lo que con posterioridad adquiera, él sólo lo adquiere»; la version fiel y verdadera nos parece ser esta: «Todo aquello, empero, que se adquiriese con posterioridad á la renuncia se concede exclusivamente á aquel en cuyo favor se renunció la sociedad,» Version que se halla en armonía con el texto de Ruben de Couder, y que aparece confirmada por la opinion de Casio cuando dice el renunciante deja libres á sus consocios con respecto á él sin quedarlo él respecto de ellos: «*Socium a se, non se a socio liberat,*» y por Pablo, de un modo más explícito, en la ley 65, lib. XVII, tít. II, cuando en el § 6 expresa: «que quien contrae sociedad por cierto tiempo, renunciándola antes, liberta al socio de él, y él no se liberta del socio; y así, si despues resultó alguna ganancia no tiene parte en ella, pero si resultase pérdida, pagará su parte, á no ser que renunciase por necesidad...» (N. del T.)

pugna á la naturaleza del mandato, no sucede lo propio con toda especie de remuneracion, pues que no se desnaturaliza el contrato porque se le añada una recompensa *honoris gratia*. De aquí se ha derivado la palabra *honorario*.

¿Cómo distinguiremos los honorarios del alquiler? —Aquellos servicios en cuyo desempeño entran de un modo preferente la inteligencia y la buena voluntad no se alquilan, propiamente hablando, porque no son estimables en dinero. Por esto el abogado y el médico pueden recibir una recompensa de aquel en cuyo interés ejercieron su ministerio y á quien prestaron el auxilio de su ciencia, sin que el acto pierda los caractéres de un buen oficio. (L. 1, § 10, D., *De extraord. cognit.*, lib. L, tít. XIII.) Sin embargo, para reclamar el pago de honorarios no se concede la accion contraria de mandato ni otra ninguna; en semejante caso el pretor estatuirá *extra ordinem*, es decir, sin remitir las partes á la presencia de un juez y sin conceder accion. (L. 1, L. 10, § 1 y *pr.*, D., *De extraord. cognit.*, lib. L, tít. XIII.)

Diferencias entre el mandato y el depósito.—1ª El depósito se forma *re* y el mandato *solo consensu*. 2ª El depositario se obliga pura y simplemente á guardar la cosa que se le confia en depósito, la vigila y evita que desaparezca. El mandatario se compromete á ejecutar un acto en interés del mandante, á crear una nueva situacion en provecho de este último.

¿Cuándo se perfecciona el mandato?—El mandato puede considerarse perfeccionado desde aquel punto en que acepta el mandatario la comision que se le ofrece, pues desde aquel momento compete accion al mandante para obligarle á ejecutar lo que sea objeto del mandato (Instit., § 11, *eod.*)

Acciones que nacen del mandato.—Siendo un contrato sinalagmátimo imperfecto, produce *siempre* é *inmediatamente* una obligacion esencial á cargo del mandatario y que consiste en rendir exacta cuenta de la manera como haya hecho uso de los poderes que se le tenian confiados. Para exigirlo así dáse al mandante la accion *mandati directa*. Accidentalmente y *ex post facto* puede nacer una accion *mandati contraria* en favor del mandatario y contra el mandante. Cabe, ciertamente, que

el primero haya venido á ser acreedor del segundo á consecuencia de impensas hechas ó de perjuicios sufridos en el desempeño de la comision que se le confiara, en cuyo caso le competerá, para lograr el reembolso, la accion *mandati contraria*.

Efectos del mandato.—Preciso es examinarlos bajo dos puntos de vista, esto es, relativamente á las relaciones entre mandante y mandatario y relativamente á los terceros que han contratado con este último.

Relativamente al mandante y al mandatario.—El mandatario debe ceñirse á los límites del mandato (Gayo, C. III, § 161; Instit., § 8, *eod.*); traspasándolos hará una cosa distinta de la que se le habia encomendado, y por consiguiente no le asistirá contra el mandante la accion *mandati contraria* para obtener una indemnizacion, ántes bien podrá requerírsele por la accion *mandati directa* en atencion á no haber llenado cumplidamente los deseos del mandante *(quatenus mea interest, implesse eum mandatum, si modo implere potuerit)*. Es lo que sucederia, por ejemplo, si habiendo recibido encargo de comprar un buey compra el mandatario un caballo. Mas ¿qué resolveríamos en el supuesto de que habiéndose dado el mandato para comprar una cosa por precio determinado, el mandatario se hubiera excedido en el precio? Pongamos un ejemplo: yo doy mandato á Ticio para la compra del fundo Corneliano, por precio de 100 escudos de oro y él ha pagado 120; es evidente que Ticio no tiene accion contra mí para exigir esta cantidad, más aún se ha puesto en duda si podrá demandarme por los cien escudos. Niéganle los sabinianos toda suerte de accion invocando el principio: «*Qui excessit, aliud quid facere videtur*,» al paso que los proculeyanos—cuya opinion ha triunfado en este punto—concédenle la accion *mandati contraria* hasta el límite de los 100 escudos de oro determinados en el mandato (1). En sentido inverso, ¿qué resolveremos en el caso de que el man-

(1) Esta disposicion del § 8, lib. III, tit. XXVI, Instit., ha sido censurada por Demangeat, en su *Cours élémentaire de dr. rom.*, t. II, p. 343. Comp. M. Ortolan, t. III, pág. 323, núm. 1570.—El profesor Ortolan acepta como más favorable la solucion propuesta por los proculeyanos á consecuencia de la cual, dice: si el mandatario, habiendo recibido mandato de obligarse por término ó por plazo se obliga pura y

datario hubiese comprado por un precio inferior al que se le fijó en el mandato? Así, por ejemplo: yo doy encargo á Ticio de adquirir el fundo Corneliano en 100 escudos de oro y él realiza la compra por sólo 50; áun para los sabinianos no cabia dificultad acerca de este punto: Ticio tenia la accion *mandati contraria* para exigir el reembolso de los 50 escudos. Y ciertamente, el mandato conferido para comprar un fundo por precio de 100 escudos envuelve sin género de duda el de comprarle por un precio inferior si esto fuese posible (*quoniam qui mandat ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur ut minoris, si possit, emeretur*) (Gayo, C. III, § 161; Instit., § 8, lib. III, tít. XXVI.)

Relativamente á los terceros que han contratado con el mandatario.—Segun el derecho civil, el mandatario que contrataba por cuenta del mandante, obraba siempre á nombre propio y no en representacion de aquel, y por lo tanto, era el mandatario quien se obligaba con los terceros, y para él quedaban obligados asimismo los terceros (1). Un caso, empero, reconocia el derecho civil en que el mandatario era verdadera representacion del mandante; sucedia esto en el *mandato judicial*, en el cual se llamaba *cognitor* al mandatario. El derecho pretorio y la jurisprudencia, modificaron notablemente los principios del derecho civil en esta materia (2).

¿De cuántas maneras puede contraerse el mandato? —Cinco son los modos como puede hacerse el mandato: en in-

---

simplemente y paga, no tendrá accion de mandato, sino cuando espire el término, y asimismo, si vende un fundo por precio inferior al que se le hubiese fijado, deberá indemnizar al mandante de lo que falta en dicho precio, pues de lo contrario, seguirá el mandante siendo propietario y vindicará válidamente su fundo. (L 22, *pr*, y § 1, lib. XVII, tit. I, Dig., y L. 5ª, §§ 3 y 4, *eod.*) (N. del T.)

(1) Véase *supra*, lib. II, tit. IX. Véase además, lib. III, tít. XIX, p. 445.

(2) Véase *infra*, lib. IV, tit. X.—Segun el rigorismo del derecho civil, el mandatario contrata siempre en su propio nombre; obligase con los terceros y con él quedan los terceros obligados, bien que dentro del círculo de las mútuas relaciones de mandante y mandatario puede este proceder contra el primero para que le deje libre ó le indemnice de las obligaciones contraidas por él y á su vez el mandante pueda reclamar al mandatario la cesion de las acciones contra terceros ó la entrega de lo por ellos alcanzado. Mas como indica el autor, el derecho pretorio y la jurisprudencia templaron la rigidez del *jus strictum*, obedeciendo á una tendencia más espiritualista, que conduce á considerar al mandatario como un *alter ego*,

terés exclusivo del mandante; en interés recíproco de ambos contrayentes; en interés de un tercero, y en interés de un tercero y del mandatario. (Instit., *pr.*, *eod.*)

1° *En interés exclusivo del mandante*, por ejemplo, cuando encomienda al mandatario la gestion de sus negocios, la compra de un fundo ó la respuesta en una estipulacion (*veluti si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres vel ut pro eo sponderes*). (Instit., § 1, *eod.*)

2° *En interés recíproco del mandante y del mandatario*, por ejemplo, cuando el primero encarga al segundo que preste dinero á interés á un tercero que deba emplearlo en negocios del mismo mandante. A este le interesa que su procurador tenga la cantidad disponible, y al mandatario que sus capitales no permanezcan improductivos, sino que le proporcionen un rédito. Tambien se da mandato en interés mútuo, cuando un deudor encarga á su acreedor que estipule *ipsius periculo* de un deudor suyo á quien delega para el pago. Con ello, el mandante queda libre de su primera obligacion, y si mas tarde puede verse demandado, será entonces en fuerza del mandato, y sólo en el caso de que el delegado no haya cumplido; y el mandatario por su parte obtiene del contrato la ventaja de tener dos deudores en lugar de uno. (Instit., § 2, *eod.*) (1). Tambien el mandato se forma en interés de ambas partes, cuando un fiador, cuyo acreedor apercibíase á instaurar accion contra él, le confia el encargo de perseguir al deudor principal, de su

---

como representacion de la personalidad del mandante. Ya el edicto del pretor habia iniciado este cambio en los principios jurídicos, estableciendo la accion *institoria* que se dirigia contra los padres ó dueños de establecimientos que hubiesen puesto á su frente á sus hijos ó esclavos, en favor de los terceros que contrataron con estos últimos; y á semejanza y por extension de esta novedad del derecho pretorio, la jurisprudencia concedió á los terceros contra el mandante las acciones útiles provenientes de los negocios que hayan contratado con el mandatario y que fueron distintas segun la índole del negocio: la *condictio utilis* si se trataba de *mutuum* ó de estipulacion, la *actio utilis empti* ó *venditi* si hubo compra ó venta, etc., así como concedió al mandante, contra los terceros, las acciones útiles nacidas de aquellos contratos. Tanto es así, que puesto el tercero entre dos acciones, la directa del mandatario y la útil del mandante, á esta última se daba la preferencia. Respecto á la propiedad, se adquiere ó enajena por la tradicion hecha en nombre del mandante á su procurador ó por su procurador. Hé aquí someramente indicada la transicion del rigorismo del derecho romano estricto al sistema de la representacion (N. del T.)

(1) Véase *supra*, lib. III, tit. XVI, p. 429 y 430.

cuenta y riesgo como mandante. (Instit., § 2, *eod.*) Para comprender la utilidad de semejante forma de mandato, preciso es remontarse á la época del derecho anterior á Justiniano. Esta suerte de mandato traia ventajas al acreedor que lo recibia, pues ya sabemos que no teniendo el derecho de perseguir sucesivamente al deudor principal y al fiador, se hallaba en la alternativa de dirigir la reclamacion contra uno ú otro de ellos, de tal manera, que atacando al primero dejaba libre al segundo y al contrario. Era este un efecto de la *litis-contestatio*, que realizaba una especie de novacion en el crédito. Si, pues, el demandado, sea cual fuere, no se hallaba en situacion de pagar íntegramente la deuda, el acreedor, agotados ya todos sus recursos legales, sufria un positivo perjuicio. Por el contrario, cuando el acreedor perseguia al deudor principal en virtud de mandato conferido por el fiador, refundia en sí, con relacion al fideyusor, su primitivo derecho resultante de la fideyusion; pero además adquiria contra él una accion *mandati contraria* para el caso de no conseguir del deudor principal el pago íntegro de la cantidad adeudada. Hé aquí, pues, de qué manera se hallaba el acreedor teniendo dos acreedores en vez de uno. La ventaja que reportaba el fiador de semejante mandato, consistia en poner treguas á la reclamacion del acreedor y á la necesidad de satisfacer el importe de la deuda. *En la época de Justiniano* ya no se deja sentir la utilidad de tal mandato; el Emperador por una constitucion del año 531 (L. 28, C., *De fidejuss.*, lib. VIII, tít XLI), habia resuelto que si el acreedor tuviese un deudor principal y deudores accesorios, pudiese dirigir *sucesivamente* su accion contra cada uno de dichos deudores hasta lograr el pago íntegro de la deuda. Más adelante completó Justiniano la legislacion referente á esta materia, cuando en la Novela IV concedió al deudor accesorio demandado, el derecho de remitir al acreedor á la excusion prévia del deudor principal; es lo que se ha llamado beneficio de *órden* ó de *excusion* (1).

3º *En interés de un tercero*, por ejemplo, cuando el mandan-

(1) Véase para más pormenores acerca de este beneficio, *supra*, lib. III, tít. XX, p. 460.

te confia al mandatario la gestion de los negocios de Ticio, de comprar para este un fundo ó de contestar por él en una estipulacion. (Instit., § 3, *eod.*) No produce accion ninguna este mandato antes de cumplirlo, porque si el interés dá la medida de las acciones, échase luego de ver que por parte del mandante no concurre interés en que el mandatario desempeñe los negocios de una tercera persona. El interés sólo aparece cuando el mandato se ha llevado á cumplimiento, porque entonces el mandante viene á ser responsable hácia el tercero, en cuyos negocios háse inmiscuido, por la gestion desempeñada bajo sus órdenes.

Este interés basta para que el mandante pueda dirigirse contra el mandatario por la accion *mandati directa* al objeto de obligarle al cumplimiento del mandato. Cuando el mandatario lo ha llevado á cabo, tiene á su vez la accion *mandati contraria* contra el mandante, para que le indemnice de cuantos perjuicios le hubiere ocasionado el negocio que se le confió. (L. 8, §§ 3 y 6, D., *Mandat.*, lib. XVII, tít. I.)

4° *En interés del mandante* y *de un tercero*, por ejemplo, cuando aquel da al mandatario el encargo de gestionar asuntos en los que Ticio participa ó de comprar un fundo ó responder en una estipulacion en interés de entrambos. (Instit., § 4, *eod.*)

5° *En interés del mandatario* y *de un tercero*, por ejemplo, cuando el mandante le da comision de prestar á Ticio una cantidad á interés (*si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes*). (Instit., § 5, *eod.*)

Cuando el mandato se da sólo en interés del mandatario, como sucede, por ejemplo, cuando el mandante compromete al primero á emplear sus capitales en compra de bienes raíces mejor que prestarlos á interés ó vice-versa, no se dirá que haya en esto más que un simple consejo que no produce obligacion ninguna (*magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium*), puesto que el mero consejo, que tambien podria ser perjudicial, á nadie obliga, pudiendo, como puede, aquel á quien se dirige, atenderlo ó rechazarlo (*quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium.* Ins-

tit., § 6, *eod.*) Se ha discutido si podia darse accion de mandato contra la persona que mandó á Sempronio que prestase á Ticio una cantidad á interés (*ut mandati teneatur, qui mandavit tibi ut Titio fœnares*), habiendo prevalecido la opinion de Sabino que consideraba obligatorio este mandato, porque debe juzgarse que Sempronio no habria prestado su dinero á Ticio, si no se le hubiese dado la órden para ello (*quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset*). (Instit., § 6, *in fine.*)

No tendrá jamás fuerza obligatoria el mandato que sea contrario á las leyes ó á las buenas costumbres, como lo seria el que se hiciese para cometer un robo, un daño ó una injuria; es evidente que no tendria el mandante accion contra el mandatario para obligarle á cumplir su cometido. Recíprocamente, si por ejecutar un mandato de índole ilícita ó inmoral ha sufrido pena el mandatario, no le competerá la accion *mandati contraria,* para que se le indemnice de los perjuicios que le ocasionó el mandato. (Instit., § 7, *eod.*)

Diferentes modalidades que pueden acompañar al contrato de mandato.—Este puede ser puro y simple, á término ó bajo condicion (*et in diem differri et sub conditione fieri potest.*) (Instit., § 12, lib. III, tít. XXVI). *A término,* verbi gracia, dando actualmente mandato para la gestion de los negocios, á partir de una fecha futura y determinada. *Bajo condicion,* por ejemplo: el poder dado al acreedor pignoraticio para enajenar la cosa dada en prenda, si no se pagase la deuda á su vencimiento, constituye un mandato condicional.

CAUSAS DE DISOLUCION DEL MANDATO.

El mandato termina:

1° *Por la revocacion* que haga el mandante.—Cuando la revocacion tiene lugar miéntras no ha habido ningun principio de ejecucion (*dum adhuc integra res sit*), júzgase que el mandato no ha existido jamás. (Instit., § 9, *eod.*)

Si la revocacion tiene lugar despues de comenzado el cumplimiento, los actos practicados producirán su efecto. De todas suertes, miéntras que no se notifique al mandatario la re-

vocacion, y por lo tanto la ignore, desempeñará válidamente el mandato, y en su virtud debe tener la accion *contraria mandati* contra el mandante. (L. 15, D., *Mandati*, lib. XVII, título I.)

2° *Por muerte del mandante.*—Como el mandatario, si aceptó el cometido, fué sin duda en contemplacion á la persona del mandante, desaparecida ésta, el mandato debe terminar. Empero sólo termina para lo futuro, y por consiguiente subsistirá la accion *mandati* con relacion á cuanto se hubiese practicado ántes de la muerte del mandante.

Observacion.—El mandatario que cumple su encargo despues de la muerte del mandante, bien que ignorando este suceso (*ignorans eum decessisse*), podrá ejercitar la accion *mandati contraria*, como si el mandante viviese todavía, porque no debe sufrir las consecuencias de una ignorancia legítima y disculpable (*alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum adferret*). (Gayo C. III, § 160; Instit., § 10, *eod.*)

3° *Por muerte del mandatario.*—Pereciendo con la persona del mandatario las cualidades personales que decidieron al mandante á confiarle la gestion de sus negocios, natural es que deba terminar el mandato por la muerte de la persona á quien se confirió. (Instit., *ibid.*) Sin embargo, los herederos del mandatario pueden y deben continuar el negocio comenzado por su causante, cuando en tal estado se hallen las cosas que, de abandonar el negocio, se viesen gravemente comprometidos los intereses del mandante; mas en esta gestion no tienen los herederos la accion *mandati contraria*, sino la de *negotiorum gestorum*. (L. 27, § 3, D., *eod.*)

4° *Por renuncia del mandatario.*—Este, despues de haber aceptado el mandato, puede renunciarlo, pero esta renuncia no debe jamás perjudicar al mandante; por esto se requiere que el mandatario disponga de tal suerte las cosas que pueda el mandante sin perjuicio alguno continnar la operacion comenzada, ora sea personalmente, ora por medio de otro mandatario (*aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eamdem rem mandator exequatur*). Si, pues, la renuncia se ha hecho de manera que no se deje al mandante completa facilidad de proseguir y terminar el negocio, habrá

siempre lugar á la accion de mandato contra el mandatario (*actio mandati locum habet*). Cabe, sin embargo, señalar un caso en que no vendrá éste obligado á indemnizar al mandante los perjuicios que sintiera por la renuncia; y es así cuando pudiese alegar en su favor justos motivos de excusa (*nisi justa causa intercessit*), tales como, por ejemplo, una enfermedad, una enemistad capital sobrevenida entre el mandante y él, la insolvencia del mandante, etc. (Instit., § 11, *eod*; LL. 23 y 25, D., *eod.*)

5° *Por haberse terminado el negocio* para el que se dió el mandato.

6° Por espirar el término ó cumplirse una condicion resolutoria.

APÉNDICE PRIMERO.

De los pactos.

Definicion.—En oposicion á los contratos, los pactos son convenciones á las que no reconoció fuerza obligatoria ni proveyó de accion propia el antiguo derecho civil de los romanos. Así, pues, separándonos de los contratos cuyo cuadro general acabamos de recorrer, ya vemos que el acuerdo de las voluntades de dos individuos acerca de un mismo objeto no debia producir en rigor ningun vínculo de derecho.

Mas, bien pronto experimentó este principio algunas atenuaciones viniendo á ser obligatorios ciertos pactos á los que se acompañó una accion; sin que á pesar de semejante transformacion dejase de aplicarse, en su generalidad, el antiguo nombre consagrado por el uso, áun á las convenciones recientemente provistas de efectos jurídicos.

Division de los pactos.—Los pactos se dividen:—segun su orígen,—segun su modo de ser,—y segun los efectos que producen.

I. *En cuanto á su orígen* los pactos derivan del derecho civil,

del derecho pretorio ó del derecho imperial.—Son pactos del derecho civil aquellos que han recibido de la jurisprudencia su fuerza obligatoria. Su número es indefinido, y su ejecucion se demanda, como lo veremos más adelante, ora por la accion de un contrato de derecho civil, ora por una accion calificada de *actio in factum ó præscriptis verbis*.—Los pactos de derecho pretorio (*pacta prætoria*) son aquellos que el pretor ha revestido de una accion; tales son, principalmente, los pactos de constituto (1), y de juramento extrajudicial (2).—Los pactos de derecho imperial, llamados *legítimos* (*pacta legitima*) son aquellos á los que declararon obligatorios y proveyeron de accion las constituciones imperiales; tal es, principalmente, la convencion de constituir una dote, segun Teodosio II y Valentiniano III (3), como tambien, desde Antonino Pio, la de donar entre ascendientes y descendientes, y entre toda clase de personas, desde Justiniano (4). El cumplimiento de los pactos legítimos se perseguia por la *condictio ex lege*, á falta de accion especial.

II. *En cuanto á su manera de ser*, los pactos existen como parte accesoria de un contrato ó por sí mismos, con existencia propia é independiente; en el primer caso la doctrina los califica de pactos adjuntos (*pacta adjecta*), y en el segundo de pactos aislados.

a.) Los efectos de los *pacta adjecta* son distintos, segun que se añada el pacto en el momento mismo del contrato (*in continenti*) ó con posterioridad al mismo (*ex intervallo*).

Suponiendo que se añada un pacto *in continenti*, en el momento mismo en que se forma el contrato, sus efectos serán distintos, segun sea un contrato de *buena fé* ó de *derecho extricto*. En los contratos de buena fé (comodato, depósito, prenda, venta y arrendamiento) el pacto añadido *in continenti* forma, si vale decirlo así, un solo cuerpo con el contrato, y por lo tanto su cumplimiento podrá exigirse por la misma accion de este último. (L. 7, § 5, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV.)

---

(1) Véase *infra*, lib. IV, tít. VI.

(2) *Sic*, Ortolan, t. III, nº 1617; Labbé, en sus lecciones.—*Contra*, Maynz, t. II, § 335, p. 361, texto y nota 4.

(3) Véase *supra*, lib. II, tít. VII.

(4) Véase *supra*, lib. II, tít. VII.

En los contratos de derecho estricto es necesario distinguir: Tratándose de una estipulacion el pacto añadido *in continenti* se ha considerado, al fin, como parte integrante de la obligacion principal (*stipulationi inesse creditur*); y ora sea que limite su alcance, ora sea que lo extienda, siempre tendrá la misma fuerza del contrato al que va unido como una de sus cláusulas y deberá ser ejecutado en virtud de la accion resultante de la estipulacion.

En este punto se aplican los mismos principios que en los contratos de buena fé. (L. 4, § 3, D., *eod.*; L. 40, D., *De reb. cred.*, lib. XII, tít. I) (1).—Tratándose de un *mutuum* el pacto *in ocntinenti* sólo producirá efecto cuando tienda á limitar la obligacion del deudor; pero si, por el contrario, se ha puesto en provecho del acreedor y al propósito de hacer más gravosa la obligacion del deudor, no cabrá, en cuanto al exceso, la *condictio* resultante del *mutuum* (*amplius condici non potest*). Así sucede al ménos en punto á préstamos de dinero. (L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, lib. XII, tít. I) (2).

Cuando se trata de un pacto añadido á un contrato *ex intervallo*, es decir, con posterioridad al acto, varían sus efectos segun tenga por objeto atenuar la obligacion del deudor ó agravarla; si lo primero, es eficaz y el deudor puede hacerlo valer por medio de una excepcion. (L. 7, § 5, D., *De pact.*, libro II, tít. XIV); si lo segundo, no produce ningun efecto (*nec valebit*). (L. 7, § 5, D., *eód.*) No hay aquí distincion entre los contratos de buena fé y los de derecho estricto.

Mas, con todo, se ocurre consignar una observacion relativamente á los contratos consensuales (venta, alquiler, sociedad y mandato): el pacto que se ha hecho *ex intervallo*, cuando todavía no se ha empezado á cumplir el contrato, y cuyo pacto recae sobre puntos sustanciales, puede considerarse destinado, por la intencion de las partes, á reemplazar al antiguo con-

---

(1) Acordes en este sentido se hallan Demangeat, t. II, p. 349 y sig. y Thézard, p. 264.—Lo contrario sostienen Vernet, *Text. chois. sur les oblig.*, p. 44 y sig.; Maynz, t. II, § 334, p. 346, nota 2; Ortolan, t. III, nº 1584 y sig.

(2) Se ha discutido si los préstamos de géneros ú otras mercancías debian ó no asimilarse al préstamo de dinero.—Véase para la afirmativa, Demangeat, t. II, p. 352; Ortolan, t. III, nº 1585 y para la negativa, de Savigny, *System*, t. VI, § 268; Thézard, p. 265.

trato. Habrá una nueva venta, un arrendamiento nuevo, etc., cuya ejecucion podrá ser exigida mediante las acciones *empti, venditi, locati,* etc. (L. 72, D., *De contrah. empt.*, lib. XVIII, tít. I.)

b.) Los pactos aislados más importantes son los conocidos en la doctrina jurídica bajo la denominacion de *contratos innominados*. La teoría de estos contratos ofrece una singularísima importancia y por este motivo reclama ser particularmente desarrollada en capítulo aparte.

III. *En cuanto á sus efectos*, por qué mientras á ciertos pactos se los ha revestido de accion, otros han subsistido sin producir ningun vínculo jurídico; tales son los pactos que se han llamado *nudos* (*nuda pactio, pactum nudum*). No están desprovistos en absoluto de todo efecto, puesto que pueden dar lugar á una excepcion. (L. 7, *pr.*, y § 4, D., *De pact.*, lib. II, título XIV), y engendran, segun se opina generalmente, una obligacion natural (1).

APÉNDICE II.

De los contratos innominados (2).

Adopta la doctrina esta expresion para designar las convenciones en que intervienen promesas recíprocas y que no fueron clasificadas ni siquiera reconocidas por el antiguo derecho, en oposicion á la frase contratos nominados que á las últimas se aplica.

Es indefinido el número de los contratos innominados; no tiene otro límite que el límite mismo de la inventiva huma-

(1) Véanse de acuerdo con esta controvertida cuestion, Ortolan, t. III, nº 1619; de Fresquet, t. II, p. 259; Thézard, p. 265; Maynz, t. II, § 278, texto y nota 17; Machelard, *Oblig. natur.*, p. 29; Demangeat, t. II, p. 459 y sig.; Accarias, *Cours des Pandect.*, año 1873, Seccion del mes de Enero.—Véase tambien, M. de Savigny, *Le dr. des obligat.*, 2ª edic., t. I, § 9, p. 60 y sig. (trad. de Gérardin y Jozon).

(2) Véanse acerca de esta importante materia, Accarias, *Théor. des contrats innomés*, etc.; Alberto Desjardins, *De l'action præscript. verb.*

na (1). Pero apesar de esta multiplicidad pueden todos reducirse á una de las cuatro fórmulas siguientes: *do ut des,—do ut facias,—facio ut des,—facio ut facias,* segun que la obligacion de cada una de las partes consista en una dacion ó en el cumplimiento de un hecho (L. 5, *pr.*, D., *De præscript. verb.*, libro XIX, tít. V), como por ejemplo: yo me comprometo á entregarte mi caballo para que tú me des tu buey ó para que practiques ciertas reparaciones en mi casa, etc.

¿Cuál será la eficacia de tales convenciones?—Miéntras no haya tenido un principio de ejecucion, miéntras las cosas permanezcan en su primitiva integridad, una convencion de esta índole no produce accion ninguna; sólo es un pacto nudo sin efectos jurídicos. Mas cuando una de las partes cumple su compromiso, la situacion es algo más delicada: negar en absoluto á la convencion su fuerza obligatoria sería desconocer los dos principios formalmente reconocidos por la jurisprudencia civil, es á saber, que nadie debe enriquecerse injustamente con los bienes de otro ni ocasionarle un perjuicio por su falta de buena fé. Así fué cómo, interviniendo la jurisprudencia, hubo de conceder á la parte que habia cumplido el derecho de repeticion que le reincorporaba de la propiedad enajenada ó del derecho cedido y de que se veia privada sin motivo. Llamábase á esta accion *condictio causa data, causa non secuta* ó *condictio ob causam datorum*, la cual no tenia por objeto el cumplimiento de la obligacion sino tan sólo restituir las cosas al estado en que se hallaban ántes de contraerla. (D., *De condict. caus. dat.*, lib. XII, tít. IV; C., *Ob caus. dator.*, lib. IV, tít. VI.) Por más que esta accion fuese suficiente cuantas veces se tratase de la entrega de una cosa ó de la estincion de algun derecho susceptible de restablecimiento, no era de igual suerte aplicable cuando se trataba de hechos concluidos, de servicios prestados ó de pérdidas sufridas por una de las partes en cumplimiento de la convencion; casi todos aquellos en los cuales la ejecucion del pacto no nos reportaria una ventaja que pueda repetirse. Preciso era ir más léjos y mantener el respeto á las convenciones mediante una sancion

(1) Los principales contratos innominados son el cambio, el contrato estimatorio, el precario, la transaccion y la dacion de arras.

más eficaz. Pero ¿qué medios habian de conducir á este resultado? Hé aquí dónde vemos surgir empeñada controversia entre los jurisconsultos romanos y numerosas contradicciones en los textos. Unos quieren proceder por vía de innovacion, otros por vía de interpretacion y á las veces un mismo jurisconsulto se sirve indistintamente de uno ú otro de ambos medios.

Dos teorías principales ofrécense á nuestro exámen, sostenida la primera por los proculeyanos y por los sabinianos la segunda. Los proculeyanos, y principalmente Labeon, proponian que se introdujese una accion, no precisamente para la restitucion del provecho reportado sino para el entero cumplimiento del pacto. Designábanla con los nombres de *actio in factum* ó *præscriptis verbis*, denominaciones que unas veces usaban separadas y otras reunidas (1). (L. 1, § 1; L. 22, D., *De præscript. verb.*, lib. XIX, tít. V.)

Mas era preciso encontrar una causa de obligacion (*causa civilis*) á semejanza de los contratos de derecho civil, y al jurisconsulto Ariston débese atribuir el mérito de haber fijado la teoría de esta *causa civilis obligationis*, asimilando á los contratos reales las convenciones cuyo cumplimiento haya comenzado una de las partes. En los cuatro contratos que se forman *re*, consiste la *causa civilis* en la dacion ó entrega de la cosa, y en los contratos de que hablamos habrá de consistir en la ejecucion por una de las partes de lo que hubiese prometido. A partir de este momento el pacto quedará robustecido por una causa suficiente de obligacion real y acompañado de una accion. (L. 7, §§ 1 y 4, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV.)

La accion *præscriptis verbis* corresponde al órden de las de buena fé; así lo manifiesta expresamente Justiniano respecto de los dos casos más frecuentes de aplicacion en materia de cambio y de contrato estimatorio. (Instit., § 28, lib. IV, títu-

(1) Se usaban estas denominaciones por la imposibilidad de calificar lacónicamente y en una sola palabra, cuál sea el nombre del contrato y la naturaleza del hecho generador de la obligacion y por la necesidad en que se hallaba el pretor de explicar detalladamente en la primera parte de la fórmula (la *demonstratio*), la naturaleza del asunto. Así, por ejemplo, la fórmula del comodato se redacta en estos términos: «*Quod A. Agerius, N. Negidio rem commodavit*» y la del pacto *do ut des*, así: «*Quod A. Agerius, N. Negidio bovem dedit, ea lege ut N. Negidius equum daret*, etc.—Véase además, *infra*, lib. IV, tít. VI, el párrafo consagrado á las acciones *in jus* ó *in factum*.

lo VI.) El sentido del citado texto no tiene, pues, nada de restrictivo (1).

Los sabinianos se oponian á recibir la nueva accion *præscriptis verbis* y se inclinaban á la de *causa data, causa non secuta*. Esto explica el silencio en que respecto de aquella accion se mantienen los comentarios de Gayo, pues ni siquiera la mencionan. Pero ¿cómo suplir la insuficiencia de la *condictio causa data, causa non secuta*? Los sabinianos juzgaban más oportuno acudir al arbitrio de estudiar la convencion en sí misma y asimilarla á uno ú otro de los contratos reconocidos por el derecho civil, venta, arrendamiento, mandato ó sociedad, con el cual ofreciese más evidente analogía. Semejante asimilacion se hacia con latísima libertad de interpretacion, y daba por resultado suplir la falta de sancion por medio de la accion del contrato análogo. Así vimos en el título de la venta (2) que los sabinianos comprendian el cambio en la definicion de la venta, sancionándolo con iguales acciones. (Instit., § 1, lib. III, tít. XXIII). Sin embargo, cuando ciertas convenciones, por efecto de su especialísima naturaleza, eran refractarias á toda asimilacion, como completamente ajenas á los contratos del derecho civil, se hacia preciso entónces acudir á la accion de dolo. (L. 5, §§ 2 y 3, D., *De præscr. verb.*, lib. XIX, tít. V). Pero la accion de dolo no dejaba de tener inconvenientes, en cuanto sólo existia bajo ciertas condiciones, y no se daba contra los herederos sino en concurrencia del provecho que les hubiese alcanzado por el dolo de su causante. A esto se debe que prevaleciese la doctrina de los proculeyanos.

Ya en el último estado de la jurisprudencia romana la parte que ha llevado á cumplimiento el contrato podia escoger entre la *condictio causa data, causa non secuta* y la accion *præscriptis verbis*. Mas ¿cuál podia ser la ventaja que ofreciese la existencia simultánea de dos acciones distintas cuando entre los romanos todas las acciones tenian por objetivo necesario una condena pecuniaria? Es que por la *condictio causa data*, etc., la condena se computa sobre el valor real de la cosa

(1) *Sic*, Ortolan, t. III, nº 1602; Demangeat, t. II, p. 588 y 559; Labbé, en sus lecciones.
(2) Véase *supra*, lib. III, tít. XXIII, p. 472.

entregada, y en defecto de restitucion, este mismo valor es el que debe atribuirse al reclamante, miéntras que por el contrario, en el caso de la accion *præscriptis verbis* la condena se calcula con relacion al interés que el demandante puede tener en la ejecucion del contrato. (L. 5, § 5, D., *eod.*) Fácilmente se alcanza, pues, que segun sean las circunstancias del caso habrá de ofrecer mayor ventaja el empleo de una ó de otra de las citadas acciones. (L. 5, § 1, D., *eod.*)

Debemos llamar la atencion sobre una particularidad notable que á nuestro ver se descubre todavía en el último estado del derecho romano, cual es que, relativamente á los pactos *facio ut des*, la jurisprudencia, por una razon de severidad perfectamente justificable, niégase á conceder la accion *præscriptis verbis*, dando en tales casos la infamante de dolo. (L. 5, § 3, D., *eod.*)

TÍTULO XXVII

De las obligaciones que nacen como de un contrato.

Definicion.—Son los contratos y los delitos las dos fuentes principales de donde las obligaciones emanan. Mas ciertos hechos hay que, áun no pudiendo hallarse comprendidos en el órden de los contratos ni en el de los delitos, engendran, sin embargo, vínculos jurídicos. Cuando estos hechos guardan relacion con los contratos reconocidos, dícese que la obligacion nace *quasi ex contractu*, de donde procede la palabra *cuasi-contrato* que impropiamente se ha empleado en nuestro derecho moderno. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXVII.)

Diversas especies de obligaciones nacidas «quasi ex contractu.»—Cinco distintos casos menciona la Instituta, en los cuales la obligacion nace *quasi ex contractu*. Tales son: la gestion de negocios, que tiene analogía con el mandato; la tutela y la curatela, tambien semejantes á dicha institucion; la comunidad ó indivision, que se asemeja al contrato de socie-

dad; la aceptacion de herencia, que no puede asimilarse á ningun contrato determinado; la ley considera obligado al heredero para con el legatario como si hubiese mediado una convencion (1); el pago de lo indebido, hecho que ofrece algun rasgo de semejanza con el *mutuum* cuando se trata de un pago indebido de cosas *quæ pondere, numero, mensurave constant.*

I. *De la gestion de negocios.*

Definicion.—Hay gestion de negocios cuando alguno se inmiscuye en los de otra persona sin su mandato ni conocimiento (Instit., § 1, lib. III, tít. XXVII); de donde se infiere que no habrá gestion de negocios, sino mandato tácito, siempre y cuando el interesado tenga noticia de la gestion y no se oponga á ella.

Analogía entre la gestion de negocios y el mandato.—La gestion de negocios da lugar, como el mandato, á dos acciones recíprocas: 1°, la accion *negotiorum gestorum directa*, concedida á aquel cuyo negocio ha sido desempeñado contra el gestor para obligarle á rendir cuentas de su administracion (*ut administrationis rationem reddat*); 2°, la accion *negotiorum gestorum contraria*, concedida al gestor contra la persona cuyos negocios ha gestionado (aunque no tenga esta persona capacidad para consentir) para obtener indemnizacion de las impensas necesarias ó útiles verificadas en provecho de aquella. (Instit., § 1, *eod.*) Sin embargo, hay dos casos en que no competiria esta accion al gestor (L. 24, C., *De neg. gest.*, lib. II, tít. XIX); 1°, si hubiese tomado á su cargo la gestion á despecho de la voluntad contraria y de la prohibicion del interesado (*invito domino*); y 2°, cuando hubiese practicado la gestion con ánimo de hacer una liberalidad á la persona por quien gestionó (*animo donandi*).

(1) Segun Maynz (*Cours de dr. rom.*, t. II, § 358, p. 452, texto y nota 3) este hecho presentaria notable semejanza con la estipulacion. El legatario tiene á su favor una *condictio* que se determina comunmente *actio ex testamento*, así como se da el nombre de *actio ex stipulatu* á la *condictio* que sirve para exigir el cumplimiento de una obligacion verbal.—Vease del mismo autor antes citado el t. III, § 504, p. 566, texto y notas 17 y 18.

Respecto á los terceros que han contratado con el gestor compétenles contra el principal, las acciones *útiles* que habrian podido ejercitar *directamente* contra el primero; y á su vez el principal tiene contra ellos las acciones útiles que habria podido el gestor intentar directamente.

Diferencia entre la gestion de negocios y el mandato. —El mandatario que ha practicado lo que se puso á su cargo tiene derecho al reembolso de los gastos hechos, *áun cuando no hayan reportado ningun provecho al mandante*. El gestor de negocios, por el contrario, sólo tiene derecho á recuperar las impensas *que se hicieron útilmente*, las que hiciese precisas el interés del principal (*utiliter gessit negotia*). Es bastante, sin embargo, que la utilidad del negocio haya concurrido *ab initio*, por más que, en definitiva, no reporte ningun provecho al principal (*sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium*). (L. 10, § 1, D., *De negot. gestorum*, lib. III, tít. V.)

De la ratificacion del dominus.—La ratificacion hecha por el principal no altera en modo alguno, al ménos con relacion al gestor, el carácter del negocio realizado anteriormente. El gestor, pues, sólo puede ser perseguido por la accion *negotiorum gestorum*. Mas, con relacion al principal, la ratificacion produce los efectos siguientes: le somete á la accion *mandati*, y le incapacita para impugnar los actos practicados por el gestor, al propio tiempo que le obliga á reembolsar á este último todos los gastos hechos, sin restriccion ninguna (1).

II. *De la tutela y de la curatela.*

Los tutores sometidos á la accion de tutela, no están obligados, propiamente hablando, en virtud de un contrato, porque no media convencion de ningun género entre tutor y pupilo; sin embargo, como tampoco es un delito la causa de su obligacion, más bien parece que se obligan por contrato, como

(1) Acerca de esta debatida cuestion nos hemos acomodado á la doctrina más generalmente aceptada. Vangerow, *Lehrb. des Pand.*, t. III, § 644, p. 524 y sig.; Maynz, t. II, § 359, p. 453 y 454, texto y nota 9; Demangeat, t. II, p. 361; Van Wetter, t. II, § 269, p. 103, texto y nota 19.—Consúltese tambien una interesante monografía de Labbe, *De la ratificacion des actes d'un gérant d'affaires*.

si se hubiese celebrado el de mandato. Lo propio cabe decir respecto á los curadores. (Instit., § 2, *eod.*)

Acciones que nacen de la tutela y de la curatela.— Compete al pupilo contra el tutor la accion *tutelæ directa*, para obligarle á rendir cuentas de su administracion. El tutor, por su parte, tiene contra el pupilo la accion *tutelæ contraria*, para que le indemnice de los gastos hechos, de las obligaciones contraidas y de las hipotecas que hubiese constituido en interés del pupilo. (Instit., § 2, *eod.*) (1).

En caso de curatela, empléanse las acciones útiles *negotiorum gestorum*. (L. 4, § 3, D., *De tutel. et ration.*, lib. XXVII, título III.) (2).

III. *De la comunidad ó indivision.*

Cuando varias personas entre las cuales no ha mediado contrato de sociedad (*sine societate*), se hallan gozando la copropiedad indivisa de una cosa ó de una masa de bienes, ora sea porque les haya sido legada ó donada conjuntamente, ora sea porque hayan sido llamadas de consuno á una misma herencia, esta comunidad accidental da lugar entre dichas personas á obligaciones que guardan analogía con las de los verdaderos asociados. Una misma es la accion que compete á cada uno de los comuneros, la accion *communi dividundo*, entre copropietarios de un objeto particular; y la accion *familiæ erciscundæ* entre herederos. (Instit., §§ 3 y 4, *eod.*)

Llevan estas acciones por principal objeto el de que se realice el reparto y que cese con él la indivision. Bajo un aspecto secundario, estas acciones obligan al que ha percibido exclusivamente los frutos de la cosa comun á rendir cuenta de ellos á los demás, y recíprocamente, aquel que ha hecho desembolsos necesarios ó útiles para la conservacion ó mejoramiento de la cosa comun tiene, por dichas acciones, un medio de conseguir que los demás comuneros le indemnicen. (Instit., *ibid.*)

Lo comuneros, al igual que los socios, sólo serán recípro-

---

(1) Vease *supra*, lib. I, tít. XXII.
(2) Vease *supra*, lib. I, tít. XXIII.

camente responsables de las negligencias en que no habrian incurrido tratándose de asuntos propios, de suerte que no deben prestar *exactissimam diligentiam*. (L. 8, § 2, D., *Comm. divid.*, lib. X, tít. III.)

IV. *De la aceptacion de herencia.*

El heredero está obligado para con el legatario, pero no en virtud de un contrato, puesto que no cabe decir que el legatario haya celebrado contrato alguno con el heredero ni áun con el testador; mas no derivando tampoco de un delito la obligacion del heredero, se ha dicho que se obligaba *como por un contrato*. (Instit., § 5, *eod.*)

La accion que al legatario compete contra el heredero para exigir el legado, es la *ex testamento*.

V. *Del pago de lo indebido.*

Definicion.—Pagar indebidamente, no es otra cosa que pagar por error aquello que no se debe.

OBLIGACION QUE NACE DEL PAGO DE LO INDEBIDO.

Es una obligacion unilateral, á cargo de aquel *qui pecuniam indebitam accepit*, de restituir lo que de tal manera recibió; deber sancionado por una accion personal, de derecho estricto, cual es la *condictio indebiti*. Es evidente que no existe aquí una obligacion emanada de un contrato, ni ménos aún de un delito, y por esto se dice del *accipiens* que viene obligado *quasi ex contractu*. La Instituta llega poco ménos que á confundir esta obligacion con la que nace del *mutuum*, y dice que el *accipiens* está obligado *como por un mutuum* (*obligatur, ac si mutuum illi daretur*). (Instit., § 6, *eod.*)

Analogías entre el mutuum y el pago de lo indebido.—Bajo múltiples puntos de vista, existe semejanza entre el *mutuum* y el pago de lo indebido: 1° Existe analogía en tanto que se trate de un pago de lo indebido que tuviese por objeto una cantidad de dinero ó una cosa de las *quæ numero, pondere*,

mensurave constant. En este caso habrá identidad de objeto entre el pago de lo indebido y el *mutuum.* 2° El pago de lo indebido como el *mutuum*, opera una traslacion de la propiedad, y en ambos casos, la obligacion de restituir no es más que una consecuencia de aquella traslacion. 3° El *tradens* que entrega una cantidad de dinero, de la cual no es propietario, ya sea esto en virtud de *mutuum*, ya sea en pago de una deuda imaginaria, no transfiere la propiedad de las monedas, y por consiguiente, no puede apelar á la *condictio ex mutuo* ó *indebiti*; antes bien conserva la facultad de reivindicar sus monedas. Mas si el *accipiens* las ha gastado con buena fe, nacerá en favor del *tradens* la *condictio ex mutuo* ó *indebiti* (L. 15, § 1, D., *De cond. indeb.*, lib. XII, tít. VI). 4° Cuando el *tradens* es una persona incapaz para enajenar, aunque haga entrega de dinero que le pertenezca, no puede contraer un *mutuum*, ni verificar un pago indebido que daria lugar á la *condictio.* En tanto que las monedas permanezcan en poder del que las recibió, podrá reclamarlas el *tradens* en virtud de reivindicacion; mas cuando el *accipiens* las ha consumido, nace ya la *condictio indebiti* ó *ex mutuo.* (Instit., § 2, lib. II, tít. VIII). 5° El *accipiens* incapaz para obligarse, no puede quedar obligado ni en virtud de *mutuum* ni por la *solutio indebiti*; (Instit., § 1, lib. III, tít. XIV); pero está sometido á una *condictio sine causa* en cuanto se haya hecho más rico (*in quantum locupletior factus est.* L. 66, *in fine*, D., *De solut.*, lib. XLVI, tít. III.)

CONDICIONES ESENCIALES PARA QUE HAYA LUGAR Á LA CONDICTIO INDEBITI.

Tres condiciones esenciales se requieren para que haya lugar á repetir lo que se pagó indebidamente: 1° que lo pagado no fuere debido (*indebitum*); 2° que el pago se hubiere hecho por error (*per errorem solutum*); 3° que el pago no pueda considerarse como hecho á título de transaccion.

1° *Casos en que hay indebitum.*—Hay *indebitum* siempre que se paga lo que no se debia, ni civil ni naturalmente. La obligacion natural es, pues, una justa causa de pago, y mediando ella no se consiente al *tradens* intentar la repeticion. El que pu-

diendo invocar una excepcion perpétua, ha pagado por error, siendo así que la excepcion le eximia de cualquiera deuda, áun de las naturales, ha pagado indebidamente y puede ejercitar la *condictio indebiti*. (L. 26, § 3, D., *De cond. indeb.*, lib. XII, tít. VI) (1). Otro tanto diremos del que, *pendente conditione*, cumple por error la obligacion condicional; puesto que mientras la condicion no se cumpla no habrá verdadera deuda y hasta entonces cabe la *condictio indebiti*. Por el contrario, el que por error ha cumplido una obligacion á término *ante diam*, no tiene á su favor la *condictio indebiti* porque la deuda existe antes del vencimiento del término. (L. 16, *pr.*; L. 17, D., *eod.*)

2° *Casos en que hay error en el pago* (*per errorem solutum*).—Pagar por error es pagar lo que uno *cree deber*, y en realidad no debe. Aquel, pues, que ha pagado constándole que no debia, no tendrá derecho á intentar la repeticion contra el *accipiens*; júzgase que ha querido hacer una donacion y encubrir una liberalidad bajo una apariencia de pago. Ciertamente: no dando por supuesta semejante intencion, no podríamos creer otra cosa sino que ha querido hacer una burla ó proceder con malicia, y no seria bien admitir esta segunda interpretacion. (L. 53, D., *De reg. juris.*, lib. L, tít. XVII.)

Mas el error puede ser de distinta índole: ora de hecho, ora de derecho (*juris et facti ignoratia*). Cuando se trata de un error que recae sobre un hecho, ninguna dificultad se ofrece: la prestacion de lo indebido, determinada por un error de hecho, da lugar á la repeticion. Pero cuando se trata de un error de derecho, hay desacuerdo entre los jurisconsultos romanos; así nos dice Paulo (L. 9, D., *De jur. et fact. ignor.*, lib. XXII, tít. VI), que no puede invocarse nunca el error de derecho; mas por otro lado, establece una multitud de escepciones á este principio, con lo cual pierde gran parte de su rigorismo. Piensa Papiniano que el error de derecho no puede ser invocado por aquellos que á su amparo tratan de enriquecerse (*juris ignoratia non prodest adquirere volentibus*); pero que tampoco debe perjudicar á los que se prevalen del mismo para no per-

(1) El senado-consulto Veleyano presenta un ejemplo de escepcion de esta clase. Vease *supra*, lib. III, tit. XX.—Distinta es la escepcion consignada en el senado-consulto Macedoniano. Vease *infra*, lib. IV, tit. VII.

der lo que les pertenece (*suum vero petentibus non nocet*). (L. 7, D., *eod.*)

En resúmen; de la combinacion de los textos podemos deducir la siguiente regla: que no daña el error de derecho al que ha incurrido en él, siempre que sea escusable y que no haya sido causa de enriquecimiento (1).

3º *Casos en los cuales el pago de lo indebido puede considerarse como hecho á título de transaccion.*—Cuando pueda estimarse que el pago de lo indebido se hizo á título de transaccion, no habrá lugar á la *condictio indebiti*. Esto sucederá en los siguientes casos: *a*) *Caso de la accion judicati.* Cuando la persona contra quien se ha dictado una sentencia niega esta condena, se expone, caso de ser vencida, á ser condenada en el doble de lo que se le impuso en el primer juicio. Mas si esta persona, en la incertidumbre, consiente en pagar en vez de confesar la existencia de la condena, no puede luego reclamar alegando que ha pagado indebidamente, pues, en realidad ha pagado con causa, puesto que ha querido evitar la contingencia de tener que pagar mayor cantidad. *b*) *Caso de la ley Aquilia.* Si en uno de los tres casos de la ley Aquilia el demandado paga lo que se le exige, creyendo no deberlo, pero con el temor de que su resistencia le ócasione una condena en el doble, paga con causa y no tiene accion para repetir. *c*) *Caso de un legado ó de un fideicomiso hecho á favor de iglesias, monasterios, etc.* Cuando un heredero á quien se reclama un legado hecho á favor de iglesias, monasterios ú otros lugares píos, lo satisface inmediatamente sin cerciorarse antes de si en realidad lo debe; pero con el temor de verse condenado en el duplo si se resiste, no habrá lugar á repeticion (*quæ, si indebita solventur, non repetuntur*). En todos los casos expuestos, el pago se ha hecho á título de transaccion, para evitar una condena más onerosa. (Instit., § 7, lib. III, tít. XXVII.)

Determinacion y cuantia de la condena resultante

---

(1) *Sic*, de Savigny, *System*, t. III, p. 447; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 625, rem. 1º; Namur, 2ª edic., t. II, § 338, p. 100; Demangeat, t. II, p. 370 y 371; Maynz, t. II, § 362, p. 464, texto y nota 15; Van Wetter, t. II, § 270, p. 104, texto y notas 5 y 7; Goudsmit, *op. cit.*, § 52, p. 128 y sig. (traducido del neerlandes por M. Wuylsteke); Labbe y Gide, en sus lecciones.

de la condictio indebiti.—La condena se determina con arreglo á los dos principios siguientes: 1° el *accipiens* de mala fé debe restituir el equivalente exacto de lo que hubiese recibido; 2° el *accipiens* de buena fé solo es responsable en cuanto se hallase todavía enriquecido en el momento de intentarse la accion y sólo hasta el límite de este enriquecimiento. (L. 65, §§ 6 á 8; L. 66, D., *De cond. indeb.*, lib. XII, tít. VI.)

APÉNDICE

De la prestacion de la culpa.

GENERALIDADES.

La culpa puede considerarse como una violacion del derecho; y el derecho, en materia de obligaciones, no es más que la convencion, puesto que el contrato es la ley de las partes. Puede ser mayor ó menor la latitud del contrato; existen obligaciones de derecho estricto y obligaciones de buena fé, siendo la violacion del derecho ménos frecuente en las primeras que en las segundas. Así, por ejemplo, habeis contestado á mi estipulacion prometiendo entregarme el esclavo *Estico*; vuestra obligacion no es otra que la de transferirme la propiedad del esclavo. ¿En qué podrá consistir la violacion del derecho? En matar al esclavo. Pero si le dejásteis morir por falta de cuidados en caso de enfermedad, ¿podreis ser responsable? Ciertamente que no, porque no habeis infringido vuestra obligacion que no consistia en cuidar y alimentar al esclavo *Estico*, sino tan sólo en entregármele. (L. 91, D., *De verbor. obligat.*, lib. XLV, tít. I). Sin embargo, por lo mismo que estas rigorosas consecuencias aparecian amenudo injustas, experimentaron dos distintas atenuaciones: 1ª el que estipulaba podia hacer insertar la fórmula *fide bona* que producia el efecto de extender la responsabilidad del promitente hasta los límites de una obligacion de buena fé; 2ª el estipulante podia recur-

rir contra el promitente por la accion de *dolo*. Sabido es que en los contratos de buena fé no existe una obligacion tan precisa, tan concretamente determinada. La responsabilidad del deudor y la apreciacion de su culpa varian segun las distintas especies de contratos; sin embargo, malgrado la diversidad de los contratos de buena fé, hay dos principios en que todos ellos comulgan: 1° que el deudor responde siempre del dolo, y 2° que no es responsable de los casos fortuitos.

DEL DOLO, CASO FORTUITO Y CULPA.

Del dolo.—El dolo (*dolus*) es el hecho voluntario por el cual uno inflige un perjuicio á otro con pleno conocimiento de causa y con el propósito de perjudicarle. El deudor es siempre responsable del dolo que cometa, de suerte que ningun pacto seria poderoso á eximirle de esta responsabilidad; pero ningun obstáculo se opone á que el acreedor renuncie á exigir reparacion de las consecuencias de un acto doloso ya cometido. (L. 23, D., *De reg. jur.*, lib. L, tít. XVII.)

Del caso fortuito.—El caso fortuito (*casus*) es un acontecimiento independiente de la voluntad del deudor, y que bajo ningun concepto puede serle imputado: tal es, por ejemplo, el rayo, la inundacion, etc. Por regla general el deudor no es responsable del caso fortuito. (L. 23, D., *eod.*)

Mas con relacion al caso fortuito son permitidas y lícitas las convenciones contrarias. El deudor puede obligarse á reparar las consecuencias onerosas del caso fortuito. El mero hecho de la estimacion de la cosa que forma objeto del contrato, supone las más veces una convencion implícita que hace recaer sobre el deudor la responsabilidad de los casos fortuitos. Tal acontece en el comodato. (L. 15, § 3, D., *Commod.*, lib. XIII, tít. VI.)

ENTRE EL «DOLUS» Y EL «CASUS» SE COLOCA LA «CULPA»

De la culpa.—Para comprender cuándo existe culpa emplearemos un ejemplo. Supongamos que los ladrones han penetrado en mi casa y han robado algunos objetos de perte-

nencia de otro. Si yo hubiese tenido la precaucion de asegurar fuertemente las puertas de modo que los ladrones hayan tenido que fracturarlas para introducirse, habria caso fortuito pero no culpa. Si descuidé cerrar las puertas, no habrá caso fortuito, sino culpa, porque mi conducta imprudente ha dado lugar al robo. La culpa resulta, pues, de un acto que habria podido impedir una voluntad previsora. Ser responsable de la culpa es lo mismo que estar obligado á emplear una cierta diligencia.

Así la falta como el dolo pueden manifestarse de una manera positiva ó negativa; por un hecho *(in committendo)* ó por una omision (*in omittendo*), siendo esta última la forma en que más frecuentemente se manifiesta.

Grados de la culpa.—La culpa se presenta en los dos grados de *culpa lata* (*lata*) y *leve* (*levis*).

De la culpa lata.—¿Cuando se califica de *lata* la culpa? Siempre que derive de una negligencia tan extraordinaria que no pueda suponerse ni en el hombre más descuidado (*lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*). (L. 213, § 2; L. 223, *pr.*, D., *De verb. signif.*, lib. L, tít. XVI.) Por esta razon la culpa lata se equipara al dolo en cuanto la prestan todos los deudores sin escepcion (*mala culpa dolus est*). Así, por ejemplo, cuando la Instituta (§ 3, lib. III, tít. XIV) expresa que el depositario es responsable por su dolo y no por la culpa, es preciso entender bajo la palabra *dolo* no sólo el dolo propiamente dicho, sino tambien la culpa lata.

De la culpa leve.—¿En qué casos la culpa se considera leve? Para apreciarla es preciso tomar dos distintos puntos de vista: 1° uno *concreto* (*in concreto*) segun el cual débense tener en cuenta los hábitos y el carácter del deudor; y 2° un punto de vista *abstracto* (*in abstracto*), desde el cual se compara la conducta del deudor, de cuya responsabilidad se trata, con la conducta que habria seguido un propietario diligente, tipo abstracto de un buen padre de familia (*diligentissimus pater familias*). Los jurisconsultos romanos prefirieron este segundo punto de vista.

Generalmente hablando, el deudor es responsable de su culpa leve *in abstracto*. La apreciacion de la falta leve *in con-*

creto no se admite, pues, sino por excepcion en determinados casos en que se trata al deudor con suma indulgencia. Provienen estas excepciones, ora de la voluntad de las partes, ora de la ley.

De la voluntad de las partes.—Cuando, por ejemplo, yo convengo con mi deudor, responsable de la culpa leve *in abstracto*, en virtud de la naturaleza del contrato, que sólo estará obligado por la culpa leve *in concreto*, ó aún que no prestará ninguna clase de culpa;

De la ley en algunos casos que pueden clasificarse en dos categorías. El deudor no responde de su culpa, sino solamente del dolo, cuando no ha de reportar ningun provecho del contrato. Ejemplo: en un contrato de depósito (Instit., § 3, libro III, tít. XIV) el depositario de quien se recibe un servicio puramente gratuito no presta la culpa *in abstracto;* no se le exige otra cosa que la ausencia de dolo, y otro tanto diremos del que presta una cosa en comodato y del que hace una donacion. Lo mismo cabria resolver respecto al mandatario, puesto que el mandato se constituye por regla general en interés exclusivo del mandante. Pero si tal era, en efecto, el principio (*Collatio leg. mosaïc.*, § 3, tít. X, cap. II) ha debido experimentar sucesivas escepciones, en virtud de las cuales el mandatario quedaba responsable por su culpa *in abstracto:* y cuando se hubiese brindado espontáneamente á desempeñar el mandato; cuando el negocio que se le ha encomendado exigiese por su misma índole una extraordinaria diligencia; y cuando recibiese honorariospor el desempeño del mandato. Estos casos llegaron á ser por tal manera frecuentes, que los jurisconsultos, confundiendo algunas veces la escepcion con el principio, han pretendido que el mandatario fuese responsable por su culpa leve *in abstracto*. (L. 13, C., *Mandati*, libro IV, tít. XXXV). El gestor de negocios, sin embargo, prestaba la culpa leve *in abstracto* aunque no reportase ningun provecho de la gestion; este rigor de la ley para con el gestor de negocios se funda en la consideracion de que si no se hubiese prestado espontáneamente á la gestion, otro más diligente habríala tomado á su cargo (Inst., § 1, lib. III, tít. XXVII.)

Contratos hay en los que presta la culpa el deudor, pero

puede evitar las consecuencias que de otra suerte le acarrearia, probando que suele proceder en sus negocios propios con igual negligencia que ha procedido en los que desempeñó en interés del acreedor. ¿Cuándo tendrá el deudor esta facultad? Cuando tuviese un interés personal en la buena gestion del asunto, cuando se halle en el caso de poderle decirle al acreedor: «He cuidado de la cosa como si fuese mia, porque, en efecto, lo era en alguna parte.» Así, por ejemplo, el socio sólo presta la culpa *in concreto* y no la *in abstracto*, porque no debe atender á la gestion de los negocios comunes con más exquisita diligencia que atiende á los suyos propios. (Instit., § 9, lib. III, tít. XXV). Otro tanto sucede respecto del comunero (L. 25, § 16, D., *Fam. ercisc.*, lib. X, tít. II) y del marido que administra los bienes dotales de su mujer. (L. 17, *pr.*, D., *De jur. dot.*, lib. XXIII, tít. III). Tal vez podria comprenderse dentro de esta enumeracion al tutor y al curador, que deben ser tratados con tanto mayor miramiento en cuanto desempeñan gratuitamente un cargo que no está en sus manos declinar. (L. 1, *pr.*, D., *De tut. et rat.*, lib. XXVII, tít. III) (1).

(1) Esta teoría de las *culpas* propuesta por Doneau (*Comment. jur. civ.*, lib. XVII, capitulos VI y VII), y sostenida con poca fortuna por Lebrun en una disertacion publicada en 1764 por Pothier, ha sido por primera vez afirmada sobre bases irrebatibles por M. Hasse (*Die Culpa des Rœmischen Rechts*, Kiel, 1815). Los romanistas modernos hánla recibido casi unánimemente. *Sic*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 107; Ducaurroy, t. III, nº 1067 y sig.; Ortolan, t. III, nº 1633 y sig.; de Fresquet, t. II, p. 78 y sig.; Demangeat, t. II, p. 444 y sig.; Thézard, p. 261; Maynz, t. II, § 258 y sig.; Namur, 2ª edic., t. I, § 226, p. 307 y sig.; Van Wetter, t. II, § 193, p. 669 y sig.; Goudsmit, *ob. cit.*, § 76, p. 206 y sig. (traduc. de M. Wuylsteke); Machelard, Labbé y Gide, en sus lecciones.—Los antiguos intérpretes, principalmente Acursio, Vinnio, Antonio Faber, Heinecio y el mismo Pothier siguen otro sistema y distinguen *tres* grados en la culpa, *culpa lata*, *levis* y *levisima*. La *culpa lata* constituiria una negligencia tan extraordinaria que habríala evitado el hombre ménos cuidadoso; por esto se equipara al dolo. La *culpa levis* consistiria en la omision de la diligencia con que habitualmente obra un propietario vigilante, un buen padre de familia. La *culpa levisima*, por último, consistiria en la omision de los cuidados más minuciosos, más delicados que los de un buen padre de familia, culpa que sólo habria podido evitarse mediante una extremada vigilancia y una particular atencion. A semejante clasificacion de la culpa corresponderia una division de los contratos en tres órdenes segun el interés que en ellos tengan las partes. Así, el contrato puede haberse celebrado en interés exclusivo del acreedor, en interés de ambos contrayentes ó en interés de sólo el deudor.—Cuando acontezca lo primero, como, por ejemplo, en el caso de un depósito, la responsabilidad del deudor deberá ser lo más restringida que sea posible y sólo prestará la *culpa lata* semejante al dolo.—En el

TÍTULO XXVIII

Por qué personas se adquiere una obligacion.

Podemos adquirir una obligacion, esto es, venimos á ser acreedores, no solamente por nosotros mismos, sino tambien por las personas que se hallan bajo nuestra potestad, como nuestros esclavos ó nuestros hijos de familia.

Véanse las explicaciones más detalladas que se han dado en capítulos anteriores. (Lib. II, tít. IX, pág. 222 y siguientes; lib. III, tít. XVII, pág. 432 y sig., tít. XIX, pág. 442 y siguientes.)

TÍTULO XXIX

De qué manera se extinguen las obligaciones.

Division.—Los modos de extincion de las obligaciones se dividen en dos clases, á saber: 1°, los modos de extincion que se realizan *ipso jure*, segun el mismo derecho civil, en cuyos casos la obligacion queda completamente extinguida; 2°, los modos de extincion que se realizan *exceptionis ope*. La obligacion subsiste segun el derecho civil, pero si el acreedor persigue al deudor, éste puede paralizar su accion mediante una excepcion.

---

segundo caso, por ejemplo, en los de venta y arrendamiento el deudor responde de la *culpa lata* y de la *culpa levis*.—Y por último, cuando el contrato se celebró en el solo interés del deudor, por ejemplo, en el caso de comodato, hay lugar á la responsabilidad, no sólo proveniente de la culpa lata y de la culpa leve, sino tambien de la culpa levísima.—Este sistema se apoya en los textos siguientes. (L. 5, § 2; L. 18, *pr.*, D., *Commod.*, lib. XIII, tít. VI; L. 1, § 4, D., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tít. VII.)—Conviene observar que los redactores del Código civil, no siguieron esta doctrina.

Importancia de esta division.—1° La extincion que tiene lugar *ipso jure* aprovecha indistintamente á cualesquiera personas que puedan estar interesadas en que la obligacion se disuelva. Por el contrario, cuando la extincion tiene lugar *exceptionis ope* puede aprovechar á alguno de los obligados, pero no á todos. 2° Cuando la deuda queda extinguida *ipso jure* no puede jamás reconstituirse; queda cancelada para siempre, sin que haya poder que pueda hacerla revivir, miéntras que si la deuda se ha extinguido *exceptionis ope* no queda en realidad anulada, puesto que subsiste siempre para el derecho civil, pero queda paralizada su eficacia. Un hecho nuevo, sin embargo, puede privar al deudor del beneficio de la excepcion; si, pues, el medio de defensa desaparece, revive la deuda antigua, recobrando su primitiva fuerza.

DEL MODO DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES «IPSO JURE.»

En el tít. XIX de la Instituta se ocupa Justiniano exclusivamente de los modos de extincion de las obligaciones *ipso jure*, que son los siguientes: el pago y la dacion en pago, la novacion, la aceptilacion y el mútuo disenso. Aparte de los que cita Justiniano, existe algun otro modo de extincion *ipso jure*, como la pérdida de la cosa debida y la confusion.

En cuanto á los restantes modos de extincion de las obligaciones, que no se realizan de pleno derecho (*ipso jure*), sino que proporcionan simplemente al deudor una excepcion (*exceptionis ope*) para rechazar la accion del acreedor, deberemos ocuparnos de ellos en el título destinado á las *Excepciones*. (Lib. IV, tít. XIII.)

I. *Del pago y de la dacion en pago.*

Definicion.—La palabra pago (*solutio*) presenta dos sentidos: 1° uno lato bajo el cual designa todos los modos extintivos de obligaciones, ora sea el cumplimiento del deber contraido, ora la liberacion por aceptilacion, la novacion, etc. (*solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam*. L. 54, D., *De solution.*, lib. XLVI, tít. XXIX); 2° un

sentido más estricto en el que le considera este título XXIX, significando la prestacion material de la cosa debida, la realizacion exacta de lo que forma el objeto mismo de la obligacion. Ejemplo: me pagas la deuda cuando me haces propietario del caballo que habias prometido darme.

¿Quién puede hacer el pago?—El pago puede hacerse indistintamente por cualquiera persona, por un tercero que no tuvo intervencion en el contrato, ó por el deudor principal ó accesorio (*nec tamen interest quis solvat, utrum ipse, qui debet, alios pro eo*). La liberacion tiene lugar por el pago que verifique un tercero, ya sabiéndolo, ya ignorándolo el deudor, y áun contra su voluntad (*liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore vel invito, solutio fiat.* Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXIX). Háse admitido esta regla en interés recíproco del acreedor y del deudor.

Excepcion á esta regla.—Cuando se trata de una obligacion de hacer, puede ocurrir que el hecho debido sea el de una persona cuya especial destreza se tomára en consideracion al tiempo de celebrar el contrato; en cuyo caso la obligacion sólo puede cumplirla por sí mismo el deudor. (L. 31, D., *eod.*) (1).

Condicion necesaria para la validez del pago hecho por un tercero no obligado.—Para que un tercero pague válidamente la deuda de otro, es preciso que obre con intencion de liberarle, porque si paga por error creyendo satisfacer una deuda propia, podrá repetir lo pagado por error mediante la *condictio indebiti.* (L. 19, § 1; LL. 55, D., *De cond. indeb.*, lib. XII, título VI). (2).

Del caso en que la obligacion tiene por objeto la entrega de una cosa.—Cuando la obligacion tiene por objeto la dacion ó entrega de una cosa, son precisas dos condiciones para que sea válido el pago: 1º ser propietario de la cosa: 2º tener capacidad para enajenar. Esto, no obstante, el pago hecho por un

---

(1) Compárese Cód. civ., art. 1236-1238.—«Entre los artífices hay mucha diferencia en el ingenio, en la naturaleza y doctrina en el modo de instruir; por lo cual si alguno prometió fabricar una nave ó una casa ó un foso y se trató expresamente que él lo habia de hacer por sí, aunque lo haga su fiador, no consintiéndolo el que estipuló, no se librará el deudor.» (Ulpiano, Ley 31 Dig., tít. III, lib. XLVI.) Véase tit. 14, Part. V.—(N. del T.)

(2) Idem, id.—Véase ley 3ª, tít. 14, Part. V.—(N. del T.)

non dominus ó por una persona incapaz, puede adquirir validez y eficacia, principalmente si el acreedor consume la cosa de buena fé, ó viene á usucapirla. (L. 60, D., *De solut.*, lib. XLVI, tít. III). (1).

¿A quién debe hacerse el pago?—El pago debe hacerse al mismo acreedor. Sin embargo, siendo este incapaz de enajenar ó mejor dicho, de hacer peor su condicion, por ejemplo, el pupilo no autorizado, no será válido el pago. Y es porque en el fondo, la aceptacion de un pago entraña la enajenacion de un crédito. El pago puede hacerse aún al *adyectus solutionis gratia*, al tutor ó curador del que debe recibir la deuda ó á un mandatario autorizado para recibirla (2).

Es en principio nulo el pago hecho á un tercero que no se halle autorizado para recibirlo; pero bien podrá adquirir eficacia por la ratificacion del acreedor. (L. 49, D., *eod.*) (3).

¿Qué es lo que debe pagarse?—El pago, para que se repute válido, es preciso que consista en la cosa misma que fué objeto de la obligacion, y poco importaria que el objeto ofrecido sea de igual ó más crecido valor. (L. 1, § 2, D., *eod.*) (4).

La cosa debe ser pagada en totalidad aunque sea perfectamente divisible; no puede pagarse por partes no queriéndolo el acreedor. (L. 13, § 8, D., *Empt.*, lib. XIX, tít. I).

No son pocas, sin embargo, las excepciones que recibe este principio, y entre otras citaremos la que proviene del beneficio de division de que disfrutan los deudores accesorios (5).

Finalmente; la obligacion debe ser cumplida en la época fijada, y en lugar convenido (6).

Del ofrecimiento y consignacion.—Negándose un acree-

---

(1) Cód. civ., dichos artículos.

(2) Artículos 1239-1242.—Para que el pago sea válido es preciso que se haga á persona *hábil para la cobranza*; al tutor ó guardador si es menor de 25 años el acreedor (L. 4, tít. XIV, Part. V), al padre si es un hijo de familia y se trata del peculio profectio, ó al apoderado general ó especial (L. 5, *idem*), al marido cuando se debe á la mujer casada (Ley 55 de Toro, 11, tít. I, lib. X, Nov. Recop.)—(N. del T.)

(3) Idem, id.

(4) Artículos 1243-1244.

(5) Cód. civ., art. cit.

(6) Art. 1247.—La moderna legislacion española establece los intereses al 6 por ciento anual en los casos de incumplimiento de las obligaciones de pago, y en defecto de convencion expresa de las partes.—(N. del T.)

dor á recibir el pago, es lícito al deudor salvar su responsabilidad dirigiéndole un ofrecimiento seguido de una consignacion en el lugar que señale la autoridad judicial. Esta consignacion proporciona al deudor todas las ventajas de un pago válido, y por lo tanto, en virtud de ella dejan de devengarse intereses cuando el objeto de la obligacion sea una cantidad metálica. En segundo lugar, cesan por virtud de la consignacion los riesgos de la pérdida de la cosa debida que pesaban sobre el deudor, los cuales recaen ya sobre el acreedor desde aquel momento (L. 19, C., *De usuris*, lib. IV, tít. XXXII.) (1).

Efectos del pago.—El pago hecho válidamente, deja libre de toda responsabilidad no sólo al deudor, sino tambien á las personas que por él han intervenido, como son, por ejemplo, los fiadores. De la propia manera extingue todas las demás garantías, y principalmente los derechos de prenda y de hipoteca, derechos accesorios que no tendrian razon de ser una vez extinguida la deuda. (Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXIX; L. 43, D., *De solut.*, lib. XLVI, tít. III.)

Prueba del pago.—En tésis general se halla sujeta á los principios comunes que rigen sobre la prueba. El deber de practicarla incumbe, pues, al deudor que invoca el pago como una excepcion. Generalmente se verifica mediante la presentacion de un finiquito ó liquidacion de cuentas, ó por medio de testigos. En el caso de constar la deuda por escrito, se requieren cinco testigos que gocen de buena fama.

DE LA DACION EN PAGO.

Definicion.—La dacion en pago es la entrega al acreedor de una cosa distinta de la que se debia (*aliud pro alio*). Para esto se requiere el consentimiento del acreedor (*aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest*). Ejemplo: yo te ofrezco mi caballo en pago de una cantidad que te debo y tú lo aceptas; aquí hay *datio in solutum*; *datio*, esto es, traslacion de la pro-

(1) Véase ley 8ª, tít. XIV, Part. V.—El Banco de España y las Cajas sucursales de provincia están designadas expresamente para admitir estas consignaciones. —(N. del T.)

piedad del caballo; *in solutum*, es decir, á título de pago.

Efectos de la dacion en pago.—La dacion en pago, ¿produce, como el pago propiamente dicho, el efecto de extinguir la obligacion *ipso jure*? Acerca de este punto discrepaban entre si los proculeyanos y los sabinianos. Pensaban los primeros que la *datio* en pago se distinguia de este último en que no producia la extincion *ipso jure*; pero atribuian al deudor, para quien, segun el derecho rigoroso, permanécia en pié la obligacion, una excepcion de dolo para escudarse contra la accion del acreedor (*ipso jure manet obligatus*, *sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debet*). Creian los sabinianos, por el contrario, que de la *datio* en pago podia resultar una extincion radical *ipso jure*, de la deuda, de igual suerte que si hubiese pago real y verdadero; cuya opinion ha prevalecido. (Gayo, C. III, § 168; Instit., *pr.*, lib. III, tít. XXIX.)

¿Qué diremos en el caso de que el acreedor háyase visto desposeido por eviccion de la cosa dada en pago «pro alio?»—Tambien habia controversia relativamente á esta cuestion; algunos jurisconsultos, entre los cuales se cuenta Marciano, pretendian que la obligacion primitiva subsiste como si no hubiese tenido lugar la *datio in solutum* (*manet pristina obligatio*). (L. 46, *pr.*, D., *De solut.*, lib. XLVI, título III.) Otros jurisconsultos, en cuyo número formaba Ulpiano, concedian al acreedor eviccionado una accion *utilis ex empto* contra el deudor. (L. 24, *pr.*, D., *De pignerat. act.*, lib. XIII, tít. VII).—*Caso en que conviene al acreedor emplear la accion del crédito primitivo.* El acreedor despojado por eviccion encontrará ventaja en dirigirse contra el deudor por la accion del crédito primitivo cuando sea el deudor insolvente y el crédito se hallase acompañado de hipoteca ó garantía de fiadores. Bajo este concepto aparece más favorable al acreedor la doctrina de Marciano.

Caso en que el acreedor reportaba ventaja de invocar la accion utilis ex empto.—Tal sucedia cuando el deudor era solvente y habíase aumentado el valor de la cosa dada en pago. En efecto, por la accion del crédito primitivo el acreedor conseguiria tan sólo el importe de lo que se le debiese, al paso que por la accion *utilis ex empto* puede obligar al deudor á indemnizarle

de todo el perjuicio que le hubiese irrogado la eviccion (*quanti interest ejus rem evictam non fuisse*). Bajo este concepto la doctrina de Ulpiano protege más eficazmente al acreedor (1).

II. *De la novacion.*

Definicion.—La novacion es la transformacion de una deuda en otra distinta. *Novatio est*, dice Ulpiano en el Digesto (L. 1, *pr.*, *De novat.*, lib. XXIX, tít. II) *prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio; hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione.»*

Utilidad de la novacion.—A menudo sucede que al consentir uno en prometer por estipulacion 100 sestercios es que ya los debia con anterioridad en virtud de otro título. Ejemplo: una persona me debe una cantidad determinada como mandatario ó gestor de negocios. En vez de arreglar esta deuda por ante los Tribunales, lo que haria preciso el seguimiento de un juicio, hacemos la liquidacion amigablemente, consintiendo dicha persona en deberme 100 sestercios como saldo de cuenta. Esta estipulacion no es más que una novacion, pues en efecto, por ella sustituimos la obligacion antigua por una obligacion completamente nueva. Hé aquí la ventaja: accionando en virtud del contrato primitivo, mandato, gestion de negocios, etc., yo, para reclamar el crédito ante un juez, me hubiera visto en la necesidad de probar los actos de mandato ó gestion de negocios, cuya prueba hubiera sido de difícil reali-

---

(1) No han dejado de hacerse algunos ensayos de conciliacion para poner de acuerdo los dos textos de Marciano y de Ulpiano; esfuerzos que iniciaron los glosadores y que han continuado hasta nuestros dias. Así, segun Labbé, *De la garantia*, p. 93, el acreedor tendrá el derecho de escojer, conforme á su conveniencia, entre la accion primitiva del crédito y la accion *ex empto*, y áun acumular, si es preciso, las ventajas de una y otra accion hasta el límite de la condena más rigorosa. En este mismo sentido se ha determinado nuestro sabio profesor, en sus lecciones.—Nosotros opinamos con Demangeat, t. II, p. 425, que hay verdadera imposibilidad de conciliar estos textos cuya oposicion resulta de la divergencia de opiniones entre los sabinianos y los proculeyanos relativamente á los efectos de la dacion en pago. El texto de Marciano debió escribirse conforme á la doctrina de los sabinianos que confundian la dacion en pago con el pago mismo, al paso que el texto de Ulpiano se habria inspirado en la doctrina de los proculeyanos que distinguian la dacion en pago del pago propiamente dicho.

zacion; aparte de que no tengo anticipada seguridad de la condena que podria obtener contra mi deudor. Por la estipulacion se fija la cantidad precisa, con lo cual queda simplificada la accion para cuando más tarde convenga presentarse al juez, sin que sea ya necesario examinar los actos frecuentemente complicados, del mandato ó de la gestion de negocios. La estipulacion no exige causa; la lleva en sí misma. Yo no tendré que probar más que una cosa bien sencilla, cual es que á consecuencia de mi estipulacion se me han prometido 100 sestercios (1), y para exigir el cumplimiento de tal obligacion acudiré á la *condictio certi.*

En resúmen, la novacion tiene por objeto dar á una deuda preexistente una forma determinada que facilita su exigibilidad en el terreno judicial.

Condiciones necesarias para que tenga lugar la novacion.—Para realizar una novacion válida se precisan cuatro condiciones: el consentimiento de las partes y su intencion de crear nuevos vínculos jurídicos *(animus novandi);*—una estipulacion válida (*stipulatio*);—una obligacion preexistente y válida (*idem debitum*);—un elemento nuevo que distinga en algun modo la segunda obligacion de la primera (*aliquid novi*).

Primera condicion.—El consentimiento de las partes y su intencion de crear nuevas relaciones jurídicas (*animus novandi*).—Es necesario el consentimiento de las partes, como en todo contrato, para que se constituya la obligacion nueva. Pero no es preciso el consentimiento del deudor primitivo cuando la novacion tiene lugar por cambio de deudor, puesto que de igual suerte que un tercero puede pagar malgrado el deudor, puede tambien, contra su voluntad, dejarle libre por una promesa. Es preciso que sea indudable la intencion de las partes de operar una novacion (*animus novandi*). En el derecho antiguo la averiguacion de si en tales ó cuales casos habia existido novacion era punto que se resolvia por el exámen de los hechos. De aquí se originaban dificultades de apreciacion verdaderamente insuperables, que daban lugar á numerosos litigios, y con el propósito de evitarlos en lo posible, Justinia-

(1) Véase Gide, *De la novation en dr. rom., Rev. de lègislat.*, 1871.

no resolvió que en adelante no hubiese novacion sino en el caso de haberlo expresamente declarado las partes, y que á falta de esta expresion de voluntad la primitiva obligacion subsistiese al lado de la segunda. (Inst., § 3, lib. III, tít. XXIX) (1).

Segunda condicion.—Una estipulacion válida.—La estipulacion es el medio por que se opera la novacion; ésta no existe sin la estipulacion.

¿Podria emplearse indistintamente para este objeto la forma del contrato *litteris*? Los más autorizados intérpretes del derecho romano manifiestan que los *nomina transcriptitia* podian utilizarse para verificar las novaciones (2).

Importa, por otra parte, que la estipulacion sea *válida*. Supongamos que el esclavo promete por su dueño con el objeto

---

(1) Los comentadores han sostenido graves controversias suscitadas por la interpretacion de la constitucion de Justiniano (L. 8, C., *De novat.*, lib. VIII, tít. XLII) á la que nos remite la Instituta. ¿Debemos entenderla en todo su rigor, y decir con la mayoría de intérpretes que la legislacion de Justiniano sólo admite novaciones *expresas*, ó cabe admitir que la novacion puede ser tambien *tácita*, con tal que la voluntad de los contrayentes se manifieste de una manera positiva? — Véase, de acuerdo con la primera opinion, Mackeldey, *Lehrb.*, t. II, § 505; Sintenis, Civilrecht, t. II, § 105, I, 4° y nota 25; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 619; Namur, 2ª edic., t. II, § 359, p. 128, 5°; Demangeat, t. II, p. 423; y contextes en la segunda, Arndts, *Lehrb.*, § 263; Puchta, *Pand.*, § 291; Salpius, *De la novation*, §§ 42-44; Maynz, t. II, § 377, 3°; Van Wetter, t. I, § 202, p. 719 texto y nota 21; Gide, *De la novation en droit romain*, *Rev. de législ.*, 1871, p. 727 y sig.—Comp. Cód. civ., art. 1273.

(2) *Sic*, MM. Ortolan, t. III, p. 382, n° 1692; Demangeat, t. II, p. 435; Maynz, t. II, § 377, p. 534, texto y nota 12; Domenget, *Instit. de Gaius*, p. 415; Namur, 2ª edic., t. II, § 360, p. 128, 6°; Van Wetter, t. I, § 202, p. 721, § 223, p. 817, Labbé, en sus lecciones. Comp. Machelard, *Obligat. natur.*, p. 85.—Sin embargo, M. Gide, en sus lecciones, ha sostenido la opinion contraria. Hé aquí sobre qué bases funda su argumentacion: 1° Gayo, cuando trata de la novacion (C. 3, § 176 y sig.), no habla del contrato *litteris*, y recíprocamente, cuando se ocupa del contrato *litteris* (C. 3, § 128 y sig.) para nada se refiere á la novacion. Luego este silencio no tendria explicacion si el contrato *litteris* pudiera emplearse para verificar la novacion. 2° La misma forma del citado contrato se resiste á toda idea de novacion. En efecto: si cuando vos me sois deudor del precio de una venta yo quiero convertir este crédito en un contrato *litteris*, me hallo en la necesidad de hacer los asientos ó inscripciones; en la columna de cargo sentaré la cantidad como recibida; en la columna de data os sentaré la misma cantidad en cuenta. Mas estas dos inscripciones son independientes entre sí; hay dos actos distintos, dos operaciones sin relacion mútua. La novacion, por el contrario, es un acto único como el pago. Sin duda que la novacion produce dos efectos; pero si el efecto es doble, el acto en sí mismo es simple. Por esto no hay novacion sin estipulacion; cualquier otro contrato seria impropio.—Véase tambien, del mismo profesor, *De la novation en dr. rom.*, *Rev. de législ.*, 1871, p. 119 y sig., 685 y sig., y sobre todo sus *Observations sur le contrat litteris*, *Rev. de législat.*, 1873, p. 121 y sig.

de novar la deuda de este último; el esclavo carece de capacidad jurídica personal; bajo el punto de vista del derecho civil no es una persona, no significa nada; sólo tiene una capacidad que su dueño le presta para tomar parte como estipulante en el acto de la estipulacion, pero no como promitente, pues con este carácter obligaria á su dueño. Cuando el esclavo interviene *ex persona sui* es lo mismo que si no hubiese intervenido nadie.

En tales casos el primer deudor queda obligado de igual manera que si la estipulacion posterior no hubiese tenido lugar. (Instit., § 3, *eod.*)

Basta que la estipulacion sea *válida en la forma*, por más que no sea *útil* y *eficaz en el fondo;* por ejemplo: un pupilo no autorizado por su tutor interviene como promitente en una estipulacion que tiene por objeto novar una obligacion que ya de antemano existia. En este caso se realiza perfectamente la novacion, puesto que la estipulacion es válida en la forma. El pupilo, en efecto, tiene una capacidad jurídica *personal* que le permite figurar en el acto de la estipulacion *ex persona sui* áun en calidad de promitente. Pero el mismo pupilo no se obligará eficazmente *sine tutore auctore*; de donde resulta que aquella estipulacion, válida en la forma, será inútil, sin embargo, en el fondo. El estipulante, pues, carecerá de accion contra el pupilo. Con todo, hay en este caso una estipulacion suficiente por la que la obligacion primitiva desaparece. (Instit., § 3, *eod.*)

Tercera condicion.—Una obligacion preexistente y válida.— Para que haya novacion es indispensable que exista una obligacion anterior (*idem debitum*), la cual puede haber tenido muy vária procedencia, y así bien puede suceder que una obligacion simplemente natural quede novada en una obligacion civil. (L. 1, § 1; L. 2, D., *De novat.*, lib. XLVI, tít. II). Y es que la novacion equivale al pago. Pero ya es sabido que el pago de una deuda natural no da lugar á la *condictio indebiti*. ¿Qué resultará, pues, si se hace una promesa con el propósito de novar una obligacion que no existe? Por ejemplo: yo estipulo de Ticio los 100 sestercios que creia él estar debiéndome, pero que en realidad no me debia. Ticio tendrá una

condictio indebiti promissa que le permitirá repetir lo que me habia prometido indebidamente, y yo me veré obligado á relevarle de la promesa.

Cuarta condicion.—Un elemento nuevo que señale una diferencia entre la nueva obligacion y la primitiva.—¿Cuál puede ser este nuevo elemento (*aliquid novi*)? Podemos hallarlo en uno de las siguientes órdenes de hechos que producen novacion: el cambio en la deuda sin cambio en las personas; el cambio de deudor, continuando el mismo acreedor; el cambio de acreedor.

1º *Por cambio en la deuda sin cambio en las personas.*—La novacion puede tener lugar entre un mismo deudor y un mismo acreedor cuando recaiga la modificacion, ora sobre el objeto, ora sobre la causa, ora sobre las modalidades ó los accesorios de la obligacion primitiva. El objeto de la estipulacion puede ser nuevo *in posteriore stipulatione*; por ejemplo: tú me debes un caballo en virtud de una estipulacion, y convenimos de comun acuerdo en que te relevaré de aquella obligacion, si estipulando yo me prometes 100 sestercios (1). Tambien puede ser nueva la *causa* de la obligacion, como sucederia, por ejemplo, en el caso de que siendo uno deudor mio en virtud de un contrato de venta yo estipulo de él lo que ya me debe; aquí hay un elemento nuevo, cual es la causa de la obligacion, esto es, la accion. En el primer caso habia lugar á la accion resultante de la venta, y en el segundo corresponde la *condictio*. *Ciertas modalidades* pueden tambien ser nuevas, por ejemplo: cuando se modifica la obligacion primera contraida á término, convirtiéndola en pura y simple ó recíprocamente. De igual suerte puede sustituirse una obligacion pura y simple por una obligacion condicional. Pero ¿qué decidiremos en el caso de que siendo la obligacion en un principio pura y simple han querido las partes sustituirla, *animo novandi*, por una obligacion condicional? Ya hemos visto que

(1) M. Gide, *De la novation dr. rom.*, *Rev. de législat.*, 1871, p. 676 y sig., ha defendido, sin embargo, con alguna fuerza de argumentacion, la tésis de que la novacion por cambio de objeto no es más que un invento de la jurisprudencia moderna que jamás existió en el derecho romano.—Véase tambien Labbé, *De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, p. 38 y sig.—Comp. Cód. civ., art. 1271, 1º.

para realizarse la novacion es de absoluta necesidad que se produzca una nueva obligacion; sólo en virtud de ella extínguese la obligacion primitiva.

La obligacion condicional sólo existe si la obligacion se cumple; así, pues, hasta que tal momento no llegue, no habrá novacion y permanecerá en pié la obligacion primitiva. Sólo cuando se haya realizado la condicion y haya nacido la obligacion nueva, podrá verificarse la novacion trayendo consigo la extincion de la primitiva. (Instit., § 3, *eod.*) Por último, el cambio puede recaer sobre *un accesorio de la obligacion.* Justiniano establece que la adjuncion ó supresion de un fiador produce novacion. *Primer caso.* Las partes propónense garantir la obligacion preexistente por la adjuncion de un fiador (*si forte fidejussor adjicietur*). Han supuesto algunos intérpretes que esto era un error de texto en que debieron incurrir los redactores de la Instituta, escribiendo irreflexivamente la palabra *fidejussor*, en vez de *sponsor*. La intervencion de un *sponsor*, dicen, llevaba consigo, segun Gayo y sus seguidores, una novacion. (Gayo, C. III, § 178). En semejante caso, consistia la razon en que no pudiendo intervenir el *sponsor* sino en el momento de contraerse la obligacion principal, era indispensable, para garantir el derecho por medio de aquel auxiliar, hacer un nuevo contrato. Justiniano dejó subsistir esta disposicion relativamente á los fiadores, pero careció ya de fundamento desde que pudieron estos intervenir despues de formada la obligacion principal (1).

Segun otra interpretacion, Gayo debió emplear la palabra *sponsor* en el sentido general de *adpromissor* que comprende el *fidejussor*. Las partes tendrian, pues, dos medios de robustecer una obligacion preexistente por la adjuncion de un fiador, quedando á su arbitrio acudir á uno ú otro de ambos medios. Y en efecto: los contrayentes podian, sin hacer novacion, añadir un fiador con posterioridad á la obligacion principal que continuaba subsistente, como tambien érales lícito, queriendo

(1) *Sic*, MM. Ducaurroy, *Instit. de Justinien*, t. III, p. 228, nota 1; Domenget, *Instit. de Gaius*, p. 415.—Ortolan, t. III, p. 385, nº 1700, parece inclinarse á esta explicacion; sin embargo, no rechaza la segunda interpretacion, pero la juzga ménos aceptable por ofrecer escasa utilidad práctica.

verificar una novacion, extinguir la obligacion primitiva sustituyéndola por otra obligacion idéntica con intervencion de un fiador. Así, por ejemplo: *Primus* debe á *Titius*, en virtud de una obligacion verbal, 100 sertecios. Los contrayentes acuerdan novar esta obligacion por la concurrencia de un fiador, *Secundus*. Hé aquí el procedimiento: Ticio, que es acreedor, estipulará de *Primus*, su deudor, los cien sestercios que del mismo acreditaba, estipulando luego igual cantidad de *Secundus* que se presenta con el carácter de fiador. Entonces se realizará la novacion por la concurencia del fiador.

Otro tanto de lo que dice Justiniano respecto del fiador, establece á propósito de la adjuncion de una pérdida. No puede añadirse una garantía sin hacer novacion, y por esto dice Justiniano de un modo bien concreto que hay novacion (*si pignus adjiciatur*). (L. 8, C., *De novat.*, lib. VIII, tít. XLII). (1). *Segundo caso.* Las partes se han propuesto suprimir el fiador (*si forte fidejussor detrahatur*). Hay novacion desde aquel momento en que las partes extinguen la primera obligacion reemplazándola por una segunda idéntica, con el solo propósito de liberar al fiador que habíala garantizado. (Instit., § 3, lib. III, título XXIX.)

2° *Por cambio de deudor continuando el mismo acreedor.*—La novacion puede tener lugar entre el mismo acreedor y un nuevo deudor, y por dos diversos modos: ó bien el nuevo deudor se obliga espontáneamente, ignorándolo el primer deudor y áun cabe que lo haga contra su voluntad (2), en cuyo caso habrá lo que se llama una *expromissio*; el deudor primitivo quedará desobligado áun á pesar suyo, pues basta el acuerdo entre las voluntades del acreedor y del *expromissor*, para operar la novacion. (L. 8, § 5, D., *De novat.*, lib. XLVI, tít. II); ó bien el nuevo deudor será presentado al acreedor por el deudor antiguo, á lo cual se da el nombre de *delegacion* (3). La delegacion, pues, no viene á ser otra cosa que un ofrecimiento que se hace al acreedor de un nuevo deudor que se reponga en

---

(1) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 433; Labbé y Gide, en sus lecciones.

(2) Cód. civ., art. 1274.

(3) No siempre la delegacion produce una novacion. Son dos actos jurídicos distintos que obran cada uno dentro de su esfera.—Véase Gide, *Observations sur le contrat litteris*, *Rev. de législ.*, 1873, p. 144 y sig.

la situacion del antiguo. Supone la concurrencia de tres personas, y el concierto de tres voluntades, á saber: la del acreedor ó delegatario, la del primitivo deudor ó delegante y la del nuevo deudor ó delegado. (LL. 12 y 13, D., *eod.*)

3º *Por cambio de acreedor.*—La novacion puede tener lugar sustituyendo un acreedor por otro distinto. Por ejemplo: *Primus*, á quien debo 100 sestercios, me hace la siguiente proposicion: «Te relevaré de la obligacion que tienes contraida en favor mio, si te comprometes á pagar los 100 sestercios á *Secundus.*» Yo lo acepto: el objeto de la deuda y el deudor son los mismos; únicamente ha cambiado el acreedor; la deuda por la que yo estaba obligado, respecto á *Primus,* queda extinguida y reemplazada por la que nuevamente contraigo en provecho de *Secundus*.

¿Qué resolveremos en el caso de que el delegado se haya comprometido para con el delegatario creyéndose deudor del delegante, en virtud de una causa cuya falta de fundamento ó completa falsedad sólo más tarde ha reconocido? ¿Será lícito al delegado aprovechar en perjuicio del delegatario el error que ha cometido? Es preciso distinguir segun que la delegacion haya sido para el delegatario un acto á título oneroso, ó un acto á título gratuito. En el primer supuesto, el legatario *certat de damno vitando*, no trata de realizar un lucro sino tan sólo de prevenir una pérdida. Bajo este concepto, su situacion merece igual interés que la del delegado que tambien por su parte *certat de damno vitando*.

Mas, por otro lado, el delegatario al estipular del delegado no ha incurrido en falta ninguna; ántes pudo muy bien suponer que el delegado estaba obligado respecto del delegante, al paso que por el contrario ha pecado de imprudente y ha obrado con ligereza el delegado que ha prometido lo que real y efectivamente no debia, siendo justo, por lo tanto, que sufra las consecuencias de su indiscrecion. Por este motivo no podrá oponer ninguna excepcion al delegatario (*nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit*) pero le competerá recurso contra el delegante por la *condictio sine causa* (L. 12, D., *De novat,*, lib. XLVI, tít. II.) Supongamos el caso de que la delegacion haya sido para el delegatario un acto *á título gratuito,* como sucederia, por ejemplo, si

yo delegase mi deudor á una persona á la cual me propusiese hacer donacion del importe de la deuda. En semejante caso podria el delegado, por medio de una excepcion, rechazar la accion del delegatario, como habria podido rechazar la del delegante (*exceptione doli mali se tueri poterit*): y además, tendrá una *condictio incerti* para obligar al delegatario á relevarle de su promesa (*præterea incerti condictione stipulatorem compellat ut sibi acceptam faciat stipulationem*) (L. 2, § 3, D., *De donat.*, lib. XXXIX, tít. V.) Y es, en efecto, que en el citado caso el delegatario intenta enriquecerse gratuitamente, al paso que el delegado sólo procura evitar una pérdida. Hé aquí por qué el delegatario es ménos digno de interés.

De los efectos de la novacion.—La novacion produce iguales efectos que el pago; es aplicable á toda suerte de deudas, cualesquiera que sean, y las extingue todas de un modo radical. Así, por un lado, destruye con la obligacion principal todos sus accesorios, privilegios, derechos de prenda é hipoteca y acciones contra los fiadores. La nueva obligacion nada tiene que ver con estos accesorios. En la novacion, sin embargo, como extincion potestativa, el acreedor puede limitar sus efectos, y en este concepto, estipular que los privilegios y garantías que acompañaban á la primitiva deuda pasen á formar parte de la nuevamente contraida. Nuestras leyes consignan igual disposicion (1). La novacion, además, hace cesar el adeudo de intereses (LL. 18 y 27, D., *De usur.*, lib. XXII, título I) los efectos de la demora y de la *stipulatio pœnæ* (L. 8,

---

(1) Cód. civ., art. 1278: «Los privilegios é hipotecas del antiguo crédito no se transfieren al que le substituye, á ménos que el acreedor no se la haya reservado expresamente.»—Véase tambien el art. 1281.—La ley de Partida pasa muy someramente sobre esta materia de la novacion; de su contexto podriamos deducir que no admite la novacion sino en los casos en que se cambia radicalmente la razon de deber, considerando los tercios como simples modificaciones de la obligacion primitiva, en cuyo concepto podríamos decir que conserva las mismas hipotecas y fianzas. Segun la ley 29, D., lib. XLVI, tít. II, los derechos de prenda establecidos en seguridad de la extinguida deuda y su privilegio, pueden conservarse para la nueva; y segun la ley 14, idem, las condiciones pasan tácitamente á la nueva obligacion.—Véase Pothier, *Trat. de las obligaciones*, parte 2ª, cap. IV, sec. 6ª, art. 1º: Mackeldey, *Manual de derecho romano*, § 498, nota 64; ley 15, tit. XIV, Partida 5ª.—Añadiremos antes de abandonar esta materia que la ley Hipotecaria dispone en su art. 144 que todo hecho ó convenio entre las partes que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligacion hipotecaria anterior, como el pago, la compensacion,

pr., D., *cod.;* L. 17, D., *De cond. furt.*, lib. XIII, tít. I.) Por otro lado el deudor pierde igualmente las excepciones que había podido oponer á la deuda primera (1). (LL. 2 y 19, D., *De novat.*, lib. XLVI, tít. II.)

III. *De la aceptilacion.*

Definicion.—La aceptilacion es un pago ficticio (*imaginaria solutio*).

ANALOGIAS ENTRE LA ACEPTILACION Y EL PAGO.

1° La aceptilacion produce el mismo efecto que un verdadero pago, esto es, el de extinguir la obligacion *ipse jure;* 2° Si hay varios deudores *correales*, la aceptilacion hecha á uno de ellos produce la extincion de la deuda con respecto á todos los demás; de igual suerte que sucede con el pago hecho por uno de los deudores correales. En sentido contrario, si existen varios acreedores correales, la aceptilacion hecha por uno de ellos deja libre al deudor respecto de todos los demás. La misma liberacion resulta del pago recibido por uno de los acreedores correales; 3° la aceptilacion, como el pago, no puede hacerse á término ó bajo condicion.

DIFERENCIAS ENTRE LA ACEPTILACION Y EL PAGO.

1° La aceptilacion no es más que un pago *ficticio* (*imaginaria solutio*). En efecto, el acreedor que por aceptilacion remite una obligacion al deudor, abdica de su derecho sin recibir lo que se le debe, independientemente de toda satisfaccion. Por el contrario, el pago implica una satisfaccion de parte del acreedor; 2° la aceptilacion no puede hacerse por una mujer puesta bajo tutela sin la autorizacion de su tutor (*sine tutore*

---

la espera, el pacto ó promesa de no pedir, la novacion del contrato primitivo y la transaccion ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero, no haciéndose constar en el Registro mediante una nueva inscripcion, una cancelacion total ó parcial ó una nota marginal segun los distintos casos. (N. del T.)

(1) En el libro IV, tit. VI, nota 1ª del epígrafe *De la litis contestatio*, hemos puesto de relieve las diferencias entre los efectos de la novacion y los de la litis contestacion.

auctore), por más que pueda recibir un pago (*solvi ei potest*) sin esta autorizacion (Gayo, C. III, § 171); 3° desde la época de Gayo habia duda respecto á si la aceptilacion podia ser hecha válidamente por sola una parte de la deuda (*an in partem acceptum fieri possit quæsttum est.* Gayo, C. III, § 172.)

No obstante, por la misma época no se ofrecia ningun género de duda respecto á la validez de un pago parcial hecho con el consentimiento del acreedor. En la época de Justiniano habia desaparecido esta diferencia entre la aceptilacion y el pago; la Instituta dice, en efecto, que de la misma suerte que se puede pagar se puede hacer aceptilacion por solo una parte de la deuda (*sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest*) (Instit., § 1, *in fine*, lib. III, tít. XXIX.)

Paralelo entre la aceptilacion y la estipulacion.—La aceptilacion corresponde exactamente á la estipulacion, ya en su aplicacion, ya en su forma, ya en su objeto, ya en sus efectos.

1° *En su aplicacion.*—La aceptilacion se aplica exclusivamente á las obligaciones *verbis*, esto es, á las que se contraen por estipulacion. No es otra cosa que una mera fórmula, y como esta sólo es eficaz para destruir lo que se ha creado por otra fórmula, no podria emplearse para extinguir una obligacion contraida *re*. (Instit., § 1, lib. III, tít. XXIX.)

2° *En su forma.*—La forma de la aceptilacion concuerda exactamente con la de la estipulacion. ¿Cómo se verifica esta? Por una pregunta y una respuesta. Lo mismo pasa con la aceptilacion, con la sola diferencia de que, en esta última es el deudor quien interroga y el acreedor quien contesta. Hé aquí la fórmula de la aceptilacion: el deudor dice: «*¿Quod ego tibi promissi habesne acceptum?*» (Lo que yo te he prometido, lo tienes por recibido); y el acreedor responde: «*Acceptum habeo*» (Lo tengo por recibido). Añade Justiniano que para la aceptilacion puede tambien usarse la lengua griega, toda vez que se pronuncian frases que ofrecen el mismo sentido. Así el deudor dice: «Εχεις γαδων δηναρια τοσα; y el acreedor responde: «Εχω γαβων. (Instit., § 1, *eod.*)

3° *En su objeto.*—La aceptilacion corresponde *in specie* á la

estipulacion que tiene por objeto extinguir. Por esto la aceptilacion debe tener el mismo objeto y realizarse entre las mismas personas que concurrieron á la estipulacion.

4º *En sus efectos.*—Uno de los efectos de la estipulacion es que puede prescindirse de causa natural de obligar; la estipulacion se basta á sí misma. Unicamente si, en la errada inteligencia de que os debo 100 escudos en virtud de otro título, yo prometo daros esta cantidad en una estipulacion, tendré contra vos una *condictio* para compeleros á librarme de mi obligacion. Tambien la aceptilacion puede existir sin causa; pero haciéndola por error, podré yo, si consigo probarlo, accionar contra vos por la *condictio sine causa*.

De la estipulacion Aquiliana.—La aceptilacion se aplica exclusivamente á las obligaciones verbales. ¿De qué medio se valdrá, pues, el acreedor cuando quiera relevar á su deudor de una obligacion que no se ha contraido *verbis*, de un *mutuum*, por ejemplo, de suerte que el deudor quede liberado *ipso jure*?

Hé aquí el medio introducido por Aquilio Galo, el amigo y colega de Ciceron (1). Comiénzase por transformar la obligacion que se trata de disolver, convirtiéndola en una obligacion verbal mediante una novacion. (*Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes.*) El acreedor dice: «*Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit, præsens in diemve; id mihi dare facere spondesne?*» (Todo cuanto por una causa cualquiera, debes ó deberás dar ó hacer para mí, actualmente ó dentro cierto plazo, ¿me prometes dármelo ó hacerlo?) Y el deudor responde: «*Spondeo*». (Te lo prometo.)

Luego que de esta suerte se ha trocado la obligacion primitiva en una obligacion verbal, los contrayentes no tienen más que aplicar la aceptilacion á esta última obligacion para extinguirla *ipso jure*. Á su vez interroga el deudor: «*Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum.*» (Todo cuanto héte hoy prometido por estipulacion Aquiliana, ¿tiéneslo tú por recibido?) Á lo que el

---

(1) Ocuparon ambos la pretura el año 688 de Roma. (N. del T.)

acreedor contesta: «*Habeo acceptumque tuli.*» (Téngolo por recibido) (1). (Instit., § 2, *eod.*)

Mas, ¿qué debia suceder cuando, sin haber mediado prévia novacion, la aceptilacion se aplicaba directamente á una obligacion no verbal? Que no quedaba esta extinguida *ipso jure*, pero podia valer como pacto y utilizarla el deudor por vía de excepcion. (L. 27, § 9, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV.)

IV. *Del mutuo disentimiento.*

El mutuo disentimiento es el acuerdo de ambas partes en punto á disolver la obligacion que tenian contraida. Por él sólo pueden disolverse las obligaciones consensuales; natural es, en efecto, que aquellos vínculos que por el consentimiento de las partes se crean se lleguen á extinguir por un consentimiento contrario. Lo que un tiempo quisieron los contrayentes, pueden no quererlo ya más adelante.

Es una aplicacion de aquella sabida regla: «*Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid disolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur; nudi consensus obligatió contrario consensu dissolvitur.* (L. 35, D., *De reg. jur.*, lib. L, tít. XVII). Por ejemplo: Ticio ha vendido á Seyo el fundo Tusculano en 100 escudos de oro. Poco despues, y ántes de que tenga lugar ningun acto de ejecucion, esto es, ántes de que se haya verificado el pago del precio ni la entrega del fundo, acuerdan ambas partes que se anule la venta. Concierto de voluntades que basta para extinguir las respectivas obligaciones del vendedor y del comprador, como sucede otro tanto en el arrendamiento y en todos los contratos que en el mero *consensu* tienen su orígen. (Instit., § 4, libro III, tít. XXIX.)

¿Qué diremos cuando las cosas no estén ya íntegras?— Cuando el contrato ha tenido ya un principio de ejecucion por parte de uno ú otro de los contrayentes, es preciso que des-

---

(1) Gide (*De la novation en dr. rom.*, *Rev. de legisl.*, 1871, p. 698 y sig.), ha demostrado con toda claridad las necesidades prácticas que vino á satisfacer la estipulacion Aquiliana, y cuál fué el progreso por ella realizado.

aparezca algo más que el consentimiento prestado; hay un hecho cumplido que no es poderoso á destruir el contrario consentimiento, porque no cabe impedir que exista lo que ha existido ya. Por ejemplo: si la cosa vendida hubiera sido entregada por el vendedor al comprador, las partes no podrán destruir el hecho de la tradicion por un acto de su voluntad; y así, pues, si se conviene que se restituirá la cosa al vendedor, será indispensable que el comprador realice una tradicion. Aquí habrá, pues, un nuevo contrato, una reventa. (L. 58, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV.)

Observaciones.—A la manera que basta la simple convencion para dar nacimiento á una obligacion natural, basta igualmente para extinguirla. Esta regla produce á menudo una consecuencia que importa sobremanera observar, cual es que en determinados casos la simple convencion podrá extinguir una obligacion civil.

Es preciso para ello suponer una obligacion natural *principal* y una obligacion civil *accesoria*, como sucede, por ejemplo, cuando han mediado fiadores para garantir una obligacion natural. La que contraen los fiadores es obligacion accesoria y civil; un simple pacto celebrado entre el acreedor y el deudor principal con el propósito de poner término á la obligacion de este último, entrañará la extincion *ipso jure* de la deuda civil de los fiadores. La fianza no puede tener existencia sin una obligacion principal. (L. 95, D., *De solution.*, libro XLVI, tít. III.)

Tambien algunas obligaciones civiles se anulan *ipso jure* y directamente por el simple pacto; tales son la accion de injuria y la de hurto (*quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur; ut injuriarum, item furti*). (L. 17, § 1, D., *De pactis*, lib. II, tít. XIV.)

V. *De la pérdida de la cosa debida.*

Cuando la obligacion tiene por objeto una cosa determinada por su individualidad (*in specie*) queda el deudor irresponsable si pereciese la cosa por caso fortuito, esto es, sin culpa que le sea imputable y ántes de habérsele declarado en

mora (1). Tambien queda libre cuando la cosa debida queda fuera del comercio. (LL. 23 y 82, D., *De verbor. obligat.*, lib. XLV, tít. I). Sin embargo, como hace observar muy atinadamente Ortolan (t. III, nº 1713, pág. 392), en este caso ántes bien hallamos un obstáculo material proveniente de la cosa, que se opone al cumplimiento, que una verdadera extincion de la obligacion. De donde se desprenden las siguientes consecuencias: 1º, que el deudor no queda en absoluto irresponsable sino por la pérdida completa de la cosa debida; si todavía le restan algunos derechos ó acciones debe ceder unos y otros al acreedor (2); 2º, que si reaparecia ó se rehabilitaba la cosa que se habia juzgado perdida, continuaba subsistente la obligacion del deudor. De igual suerte, si la cosa tornaba al comercio, la primitiva obligacion, más que extinguida, paralizada, renacia con todo su vigor. (L. 79, § 2, D., *De legat.*, lib. XXXII, título III; L. 98, § 8, D., *De solut.*, lib. XLVI, tít. III) (3).

---

(1) Los modernos legisladores han aceptado esta solucion. Véase Cód. civ., artículos 1245 y 1302. Este último artículo establece, § 1, que cuando el cuerpo cierto y determinado que formaba objeto de la obligacion, perece, sale fuera del comercio ó se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligacion se disuelve si la cosa hubiese perecido ó perdídose sin culpa del deudor y antes de hallarse en mora.—El derecho español acepta como principio fundamental en los contratos el que consigna la ley 3ª, § 2, D., lib. XVIII, tit. V: «*debitor speciei, interitu rei liberatur,*» que se anuncia en otros términos diciendo: «*specie debita periculum est creditoris,*» siempre y cuando no hubiese concurrido culpa ni mora por parte del deudor. Regla es esta que sufre excepciones en alguna especie particular de contratos; en los bilaterales perfectos encontramos, por ejemplo, el de compra-venta que puede haber sido condicional; y en este caso mientras la condicion no se cumpla (*pendente conditione*) no está el contrato perfecto, y por tanto, la especie vendida perecerá para el vendedor. Lo mismo sucederia en la venta que se llama *ad gustum*, cuando perecen las cosas antes de la gustacion, si se prueba que esta circunstancia constituia una condicion suspensiva.—En todo caso y puesto que cuestiones de hecho son las que se refieren á los riesgos y peligros de las cosas, la prueba, que ha de ser siempre completa porque no se presume nunca el caso fortuito, queda á la apreciacion de la Sala sentenciadora. (N. del T.)

(2) Comp. Cód. civ., art. 1303. Cuando hubiese perecido la cosa ó quedase fuera del comercio ó se perdiese, sin culpa del deudor, está este obligado á ceder al acreedor los derechos ó acciones que tal vez le competan para quedar indemne respecto á la cosa.

(3) Para mayores detalles acerca de esta materia gustosos remitimos á los lectores el excelente trabajo del sábio profesor M. Labbé, *Sur quelques difficultés relatives á la perte de la chose due.*

VI. *De la confusion.*

Llámase confusion á la coincidencia en un mismo individuo de los caractéres de acreedor y deudor de una misma cosa; caractéres que siendo incompatibles en una misma persona, pues en efecto no cabe ser deudor y acreedor de sí propio, se destruyen recíprocamente; la deuda y el crédito quedan extinguidos.

No es ciertamente la confusion una verdadera causa de extincion; es, ántes bien, un obstáculo material, un hecho que hace imposible el cumplimiento de la obligacion. Por esto los efectos de la confusion limítanse á esta misma imposibilidad (1). Así, por ejemplo, el deudor es instituido heredero por su acreedor, mas con el gravámen de legados, asaz numerosos para que haya lugar á la aplicacion de la cuarta Falcidia. En el momento de adir la herencia se realiza la confusion de la deuda; sin embargo, para el cálculo de la Falcidia se computará como existente áun la obligacion que pesaba sobre el heredero. De aquí se deduce una doble consecuencia: 1º, en el activo de la herencia se incluirá el importe del crédito que tenia el testador contra el heredero, de igual manera que los créditos contra los terceros; 2º, lo que el heredero debia al testador y sigue debiendo á la herencia se le computará al heredero en la cuarta. (L. 1, § 18, D., *Ad leg. Falc.*, lib. XXXV, tít. II). Idéntica regla se aplicaria, bien que con inverso resultado, si el heredero fuese acreedor de su causante. (L. 87, § 2, D., *eod.*) (2).

De la propia suerte, si la confusion tiene lugar en la persona de un fiador que sucede al acreedor, el primero queda libre de la obligacion, puesto que no cabe que se reclame á sí mismo el cumplimiento; pero no hay dificultad en que pague la deuda el deudor principal, para quien no se disuelve la obligacion. (L. 71, *pr.*, *in fine*, D., *De fidejuss. et mandator.*,

---

(1) Véase acerca este punto el Tratado de Labbé, *De la confusion considérée comme cause d'extinction des obligations*, nº 132 y sig.—Comp. Cód. civ., art. 1300.

(2) Véase Labbé, *ob. cit.*, nº 168 y sig.; y Pellat, *Text. chois. des Pandect.*, p. 296.

lib. XLVI, tít. I). Hay más todavía: la confusion entre el acreedor y uno de varios deudores solidarios no extingue la deuda correal, sino en proporcion de la parte que á este deudor correspondia en la deuda solidaria. (L. 71, *pr.*, D., *eod.*) (1).

El efecto que produce la consolidacion, como el pago y la aceptilacion, á los cuales se la equipara, no es otro que extinguir la deuda *ipso jure* en la proporcion en que tiene lugar. (L. 75, D., *De solut.*, lib. XLV, tít. III; L. 41, § 2, D., *De evict.*, iib. XXI, tít. II) (2).

VII. *De la compensacion.*

Más adelante, en el libro IV, tít. VI, examinaremos con cierta amplitud esta causa de extincion de las obligaciones.

---

(1) Comp. Cód. civ., art. 1301. La confusion que se realiza en la persona de deudor principal aprovecha á las cauciones;—la que se realiza en la persona del fiador no entraña la extincion de la obligacion principal;—la que se realiza en la persona del deudor que viene á ser acreedor no alcanza á sus codeudores solidarios sino en la porcion de que se hallaba ser deudor.—En este punto se hallan de acuerdo el Código francés con las leyes españolas, que han tenido como norma idéntica la ley 71 del tít. I, lib. XLVI del Digesto. Asi, pues, en el derecho español, cuando la consolidacion se verifica en el deudor principal, extingue la obligacion de los fiadores, pues no puede subsistir esta cuando la principal se ha extinguido; por el contrario, si sucediendo el deudor al fiador se reuniesen en aquel ambas obligaciones, ó sucediendo el fiador al acreedor se reuniesen en aquel las obligaciones del primero y los derechos del segundo, no se extinguiria la obligacion principal ni en el uno ni en el otro caso. Por fin, si uno de varios deudores solidarios se hace acreedor, esta confusion sólo aprovecha á los codeudores en proporcion de la parte que al primero correspondia en la deuda correal. (N. del T.)

(2) *Sic*, acerca de esta debatida cuestion, Labbé, *ob. cit.*, nº. 160; Maynz, t. II, § 381, p. 552, texto y nota 1; Van Wetter, t. I, § 203, p. 723, ***B.***

LIBRO CUARTO

TITULO PRIMERO

De las obligaciones que nacen de un delito.

Definicion del delito.—Llámase delito, entre los romanos, un hecho ilícito que ha causado perjuicio á tercero, y que ha sido previsto por una ley que impone un castigo (1). Segun esto, la intencion de dañar no constituye un elemento esencial del delito (2).

Division de los delitos.—Distínguense los delitos en *públicos* y *privados*; son los primeros aquellos que se persiguen á instancia de cualquiera y que son juzgados por ante el pretor, y los segundos aquellos que sólo puede perseguirlos la

(1) Las personas jurídicas ó civiles (*universitas*), ¿son capaces de cometer un delito? Mucho se ha discutido esta cuestion; véanse en sentido afirmativo, Thibaut, *System*. t. I, § 221; Muhlenbruch, *Lehrb.*, t. I, § 197, 6; Sintenis, *Civilrecht*, t. I, § 15 nota 53;—y en sentido negativo, Savigny, *System.*, t. II, p. 310 y sig.; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 55; Maynz, t. I, § 109, nota 5; Van Wetter, t. I, § 39, p. 216.—La Instituta se ocupa en esta parte de los delitos bajo el aspecto de las obligaciones que producen y de las acciones que nacen de las mismas para las personas ofendidas contra los delincuentes; son obligaciones que provienen todas de la cosa (*omnes ex re nascuntur*), esto es, del hecho, del daño causado (*ex ipso maleficio*). De la definicion del texto se deduce que para el derecho romano no es delito cualquier hecho perjudicial é ilícito cometido con mala intencion, puesto que se clasifican, aparte de los delitos, hechos perjudiciales é ilícitos en los que aparece mala intencion; y por otro lado se colocan en el órden de los delitos hechos perjudiciales en los que no ha concurrido por parte de su autor elemento intencional punible. Para que exista pues obligacion nacida de un delito es necesario que el hecho nocivo de que se trate haya sido previsto por la ley, asignándole una accion particular. En este último sentido hallamos cierta analogía entre la nocion romana del delito y la definicion que del mismo dá el Código penal español. (N. del T.)

(2) Comp. Cod. civ., art. 1382.

persona perjudicada, entablando la accion ante un juez ordinario (1).

DE LOS DELITOS PRIVADOS.

Los delitos privados dan orígen á dos clases de acciones, á saber: 1° una accion *privada* para el resarcimiento del daño; 2° una accion *penal* consistente en una condena pecuniaria que se impone por vía de castigo en provecho del perjudicado.

Las obligaciones producidas por los delitos, nacen todas *es re*, esto es, del mismo hecho que constitye un delito (*ex ipso maleficio*). (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. I).

De los principales delitos privados.—Cuatro son los que cita la Instituta (*pr., eod.*): el robo (*furtum*); la sustraccion de bienes con violencia, ó rapiña (*rapina*); el daño causado injustamente (*damnum*); las injurias (*injuria.*)

DEL ROBO.

Definicion y etimología.—El robo es la accion de apoderarse fraudulentamente de una cosa, ó sólo del uso y posesion de la misma, con la intencion de conseguir un lucro (*furtum est contrectatio rei frandulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve*). (Instit., § 1, *eod.*) (2).

La etimología de la palabra *furtum* derívase ó de *furvum*, sinónimo de *nigrum* (negro) porque es un hecho que se verifica de un modo clandestino, en la oscuridad y áun las más veces de noche, ó quizas de *fraus* (fraude) ó de *ferre* en el sentido de *anferre* (arrebatar), ó por último, de la palabra griega

---

(1) Prescindiendo de la diferencia en las formas procesales, el derecho penal moderno acepta el fundamento de esta distincion, calificando de delitos públicos los que la autoridad persigue de oficio, y de privados los que sólo se persiguen á instancia de la parte ofendida, como el adulterio, el rapto, el estupro, etc.—(N. del T.)

(2) Comp. Cód. penal, art. 379.—El Código penal español establece (art. 530, n° 1), que son reos del delito de hurto los que, con ánimo de lucrarse, y sin violencia ó intimidacion en las personas ni empleando fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño. (N. del T.)

φωρὰς (ladron), palabra que á su vez deriva de φὲρειν (llevarse). (Instit., § 2, *eod.*) (1).

CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN CONCURRIR PARA QUE HAYA ROBO.

El delito de robo sólo existe cuando concurren las tres circunstancias siguientes: 1° una *contrectatio rei*; 2° una *contrectatio fraudulosa;* 3° *una contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia*.

1° Una *contrectatio rei*.—La palabra *contrectatio* comprende toda sustraccion ó tocamiento de la cosa, y áun cualquiera desviacion del destino que se le hubiese dado. En este sentido, hay robo siempre que uno se apodera indebidamente de una cosa ajena *cum animo domini*, ya sea de la cosa entera, ya meramente del uso de la misma. Comete, por lo tanto, un robo el comodatario que usa de la cosa distintamente de lo que fué convenido; cométenlo tambien el acreedor pignoraticio y el depositario que hacen uso del objeto que se les entregó en prenda ó en depósito, y el nudo propietario que se apodera de la cosa que tiene otro en usufructo. (Instit., § 6, *eod.*) Cuando el robo es de la cosa misma, dícese que hay *furtum ipsius rei;* cuando es sólo del uso, se dice que hay *furtum usus*.

Tambien puede cometerse robo en cosa propia; en cuyo caso, el robo recae sobre la posesion de la cosa, y habrá *furtum possessionis*. Así, por ejemplo: un deudor ha dado á su acreedor una cosa en prenda; este último posee la cosa y le competen los interdictos posesorios que podrá oponer áun contra el mismo deudor; si, pues, hurta éste la cosa al acreedor, el *furtum* recae sobre la posesion. (Instit., § 10, *eod.*) De la misma suerte puede haber *furtum* áun con relacion á una cosa que no está en el comercio; tal es, por ejemplo, el robo de un hijo *qui in potestate est*. (Instit., § 9, *eod.*) Gayo (C. III, § 199), además, citaba los casos en que al jefe de familia se le hubiese arrebatado su mujer *in manu*, ó el individuo libre *in mancipio*.

Es indispensable, pues, que haya *contrectatio rei*, sustraccion, distraccion de la cosa, de donde se ha deducido la con-

---

(1) «*Furtum autem vel a furvo, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fiat, et plerumque nocte; vel a fraude, vel a ferendo, id est auferendo, vel a græco sermone, qui* φωρὰς *apellant fures. Imo et græci* ἀπὸ τον φὲρηιν φωρὰς *dixeruut.*» (N. del T.)

secuencia de que el robo no puede cometerse más que sobre una cosa mueble; las inmuebles, no siendo susceptibles de sustraccion, de aprehension material, no pueden ser objeto de un robo. (L. 38, D., *De usurpat.*, lib. LXI, tít. III.)

2º Una *contrectatio rei fraudulosa.*—La sustraccion debe ser necesariamente fraudulenta, esto es, realizada con mala intencion (*dolo malo*); por esto no existirá el *furtum*, si ha mediado cualquier error disculpable aunque sea un error de derecho. Por ejemplo: el usufructuario de una mujer esclava, creyendo por ignorancia del derecho, que el parto es un fruto, se apropia el hijo nacido de aquella esclava, en la firme conviccion de que le pertenece: en este caso no comete *furtum*. (Instit., § 5, lib. II, tít. VI). Asimismo, el comodatario que da á la cosa un empleo distinto de aquel para el que la recibió, únicamente comete un robo cuando al usar de aquella suerte del comodato, le consta que obra sin el beneplácito del propietario y que, á saberlo éste, no habria de consentirlo. En cambio, no existe delito si ha creido estar seguro del consentimiento. (Instit., § 7, lib. IV, tít. I.)

Además, la *contrectatio*, para que constituya un *furtum*, debe tener lugar *invito domino*; si por ventura el propietario autoriza la sustraccion ó la distraccion del destino dado á la cosa, no hay robo; por esto, el comodatario que cree hacer de la cosa prestada un uso contrario á la voluntad del comodato, no comete robo si, en realidad, este uso tiene lugar conforme á la voluntad del último. (Instit., § 8, *eod.*)

Un ejemplo harto dificultoso cita la Instituta: Ticio induce al esclavo de Mevio á que sustraiga varios objetos de su dueño y se los entregue; no se deja corromper el esclavo, y descubre á su señor la tentativa de corrupcion y de robo. Mevio, con el intento de sorprender á Ticio en flagrante delito y poder ejercitar las acciones que nacen del robo, previene al esclavo que se preste aparentemente á la comision del delito y le permite llevar á Ticio algunos objetos. ¿Hay en esto un delito de robo ó de corrupcion en el esclavo, ó no habrá ni uno ni otro? La mayor parte de los juriconsultos, y entre otros Gayo (C. III, § 198), resolvian que el señor no podia intentar ni la accion de robo ni la de corrupcion de esclavo. No la de

robo, porque el dueño habia consentido la sustraccion de la cosa; y tampoco habia corrupcion, puesto que el esclavo habia permanecido fiel á su dueño. Pareciéndole á Justiniano escandalosa esta resolucion, estableció que el dueño del esclavo tuviese ambas acciones, así la de robo como la de corrupcion. (Instit., § 8, *eod.*)

Puesto que el robo resulta de la intencion (*ex affectu consistit*), al impúber no puede considerársele capaz de robo, sino en cuanto sea *doli capax*, esto es, en cuanto pueda comprender la trascendencia del delito que comete (*intelligit se delinquere*). Esta capacidad de dolo se presume cuando el impúber se halla *pubertate proximus* (Instit., § 18, *eod.*) (1).

3ª Una *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia.*—El propósito del ladron no es simplemente de causar un perjuicio á otra persona, sino el de conseguir un provecho de la cosa sustraida. Aquel, pues, que luego de haberse apoderado de un objeto ajeno, lo destruye inmediatamente, sin hacer ninguna tentativa para conseguir un provecho cualquiera, no podrá calificarse de ladron, y por consiguiente, no está sometido á la accion *furti* (L. 54, § 1, D., *De furt.*, lib. XLVII, tít. II.) (2).

DISTINTAS CLASES DE ROBO.

El *derecho antiguo* distinguia seis especies de robo, á saber: el robo *manifiesto*, el robo *no manifiesto*, el robo *conceptum*, el robo *oblatum*, el robo *prohibitum* y el robo *non exhibitum*. A decir verdad, el robo manifiesto y el no manifiesto constituian, en rigor, dos clases de robo distintas y especiales; las restantes, no eran otra cosa que variedades provenientes de las circunstancias accidentales que concurrieron en el delito.

Robo *manifiesto.*—Existia robo manifiesto cuando quiera que el ladron era cogido *infraganti* con el cuerpo del delito, antes que tuviere tiempo de conducirlo al sitio donde pretendiese

---

(1) Segun la legislacion penal española es circunstancia eximente de responsabilidad criminal la de ser el delincuente menor de nueve años ó mayor de esta edad y menor de quince, cuando se pruebe que ha obrado sin discernimiento (casos 2° y 3° del art. 8° del Código penal); y es circunstancia atenuante, en todo caso, la de ser el culpable menor de diez y ocho años. (1ª y 2ª del art. 9°) (N del T.)

(2) Segun nuestro derecho penal el delincuente seria reo de *daño*, definido y castigado en los artículos 575 y siguientes del Código. (N. del T.)

ocultarle. Esta es, por lo ménos, la opinion que, despues de largas controversias, se ha recibido en definitiva. (Inst., § 3, *eod.*)

Robo *no manifiesto.*—El robo en que no concurrian las circunstancias del manifiesto, era, por este sólo motivo, *no manifiesto* (*quod manifestum non est, et scilicet nec manifestum est.*) (Instit., § 3, *eod.*)

Robo *conceptum.* —Decíase *furtum conceptum,* cuando la cosa robada era descubierta en la casa de un encubridor; y por más que este no hubiese cometido el robo, se daba contra él una accion especial llamada *furti concepti.* (Instit., § 4, *eod.*)

Robo *oblatum.*—Habia *furtum oblatum,* cuando una persona traspasaba la cosa robada á otra persona, en cuya casa era buscada y aprehendida. Este traspaso lo habia hecho el primer detentador con la intencion de que, si por ventura fuese hallada la cosa, esto no sucediese en su casa, sino en la de un tercero. En semejante caso, dábase á aquel en cuyo domicilio fué aprehendida la cosa, una accion especial llamada *furti oblati* contra el que se la habia trasmitido aunque tampoco este fuese el ladron. (Instit., *ibid.*)

Robo *prohibitum.*—Habia *furtum prohibitum,* cuando una persona se negaba á permitir que, á presencia de testigos, se practicase un registro en su domicilio en busca del objeto robado. Esta negativa daba lugar á la accion *furti prohibiti.* (Instit., *ibid.*)

Robo *non exhibitum.*—Decíase *furtum non exhibitum,* cuando despues de un registro que no hubiese producido ningun resultado, el cuerpo del delito encontrábase, sin embargo, en la casa del detentador recalcitrante. El pretor daba entonces una accion llamada *furti non exhibiti.* (Instit., *ibid.*)

En la época del *derecho justinianeo,* habian desaparecido el robo *conceptum,* el *oblatum,* el *prohibitum* y el *non exhibitum;* sólo subsistieron el robo *manifiesto* y el *no manifiesto,* con las acciones particulares que les acompañaban, quedando incluidos en esta última clase de robo el *furtum conceptum* y el *furtum oblatum* del derecho antiguo. (Instit., § 4, *in fine.*)

ACCIONES QUE NACEN DEL DELITO DE ROBO.

El robo da lugar á dos clases de acciones: unas de carác-

ter civil, encaminadas á procurar á la persona robada la restitucion de la cosa ó bien una indemnizacion del perjuicio sufrido; y una de carácter penal dirigida á la expiacion del delito.

Acciones civiles.—Las acciones civiles (*rei persequendæ causa*) son: la accion en reivindicacion y la *condictio furtiva*.

1º Dáse al propietario la accion reivindicatoria para reclamar la cosa robada; ejercítase contra cualquier detentador, contra el que cometió el robo y contra cualquier poseedor, aunque lo sea de buena fé. (Instit., § 19, *eod.*)

2º La *condictio furtiva*, accion personal de derecho estricto; no compete, generalmente hablando, al mismo propietario, porque esta accion personal tiene por objeto el de obligar al demandado á transferir (*dare*) al demandante la propiedad de una cosa, y en otro caso, á pagarle su estimacion. Pues si el demandante no ha perdido la propiedad de la cosa robada, ¿cómo se pretende que el ladron esté obligado á restituírsela? Es que la *condictio furtiva* es una excepcion de la regla general, excepcion sólo introducida en ódio á los ladrones (*odio furtum.*)

Semejante accion puede intentarse contra el ladron ó contra sus herederos, mas no contra el cómplice de aquel, y su especial utilidad se demuestra en el caso de que la pérdida de la cosa por caso fortuito hiciese imposible la reivindicacion.

Aunque ambas acciones, la reivindicativa y la *condictio*, van encaminadas á idéntico fin, pues ambas son persecutorias de la cosa, no son susceptibles de acumulacion. (Instit., *ibid.*)

Accion penal.—La accion penal tiene por objeto infligir al ladron una pena pecuniaria, una multa que lucra el perjudicado por el robo. Esta accion, que es la llamada *furti*, como tiene un objeto distinto del que es propio de las acciones en reivindicacion y la *condictio furtiva*, es acumulable á ellas.

DE LA ACCION FURTI.

¿Cuál es el importe de la condena impuesta en virtud de la accion furti?—La accion *furti* se da unas veces por el *cuádruplo* y otras por el *duplo*; lo primero en el caso de robo manifiesto; lo segundo en el caso de robo no manifiesto. (Instit., § 5, *eod.*) (1).

(1) La accion de cuádruplo es una accion pretoriana introducida por el edicto, y la del doble una accion civil procedente de la ley de las Doce Tablas. (N. del T.)

¿Cuál es la unidad que debe ser doblada ó cuadruplicada?—Es la cantidad que corresponda al valor de la cosa robada, entendiéndose aquí el valor real y positivo, no su precio de afeccion. (L. 50, *pr.*, D., *De furt.*, lib. XLVII, tít. II). Así, Ticio os ha robado una alhaja cuyo valor real es de ciento, pero esta alhaja la conservábais como un recuerdo de vuestra madre, lo que á vuestros ojos prestábale un mérito inapreciable. El tipo que se tome como unidad no excederá, sin embargo, del valor real, esto es, de ciento en el caso propuesto. Mas para fijar esta unidad es preciso tomar en cuenta todas las consecuencias perjudiciales que acarrea á la persona robada la pérdida del objeto. Un esclavo instituido heredero es robado en ocasion que su dueño se apercibia á darle órden de adir la herencia; la desaparicion del esclavo en aquellos momentos impide la adicion. Poco tiempo despues el esclavo muere; su dueño se halla, pues, á causa del robo privado á la vez del esclavo y de la herencia. La unidad que deberemos multiplicar por dos ó por cuatro será, pues, en nuestro caso la suma del valor del esclavo y del importe de la herencia. (L. 52, § 28, D., *eod.*)

¿Qué se diria cuando la cosa robada hubiese tenido en distintas épocas distintos valores?—Tomaráse como unidad el más alto valor á que hubiese alcanzado desde la fecha del robo hasta el dia en que se intente la accion *furti*. (L. 50, *pr.*, D., *eod.*)

¿A quién compete la accion furti?—En principio, esta accion compete á cualquiera persona interesada en que no se hubiese cometido el robo, por más que no sea propietaria de la cosa robada (*ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit*); de tal suerte, que áun al propietario se le niega cuando no le haya alcanzado el perjuicio resultante del robo (Gayo, C. III, § 203; Instit., § 13, *eod.*)

La Instituta desarrolla en algunos ejemplos las consecuencias de este principio.

Suponiendo que la cosa robada esté afecta á un derecho de prenda, la accion *furti* compete al acreedor pignoraticio áun cuando el deudor sea solvente (*etiamsi idoneum debitorem habeat*), porque trae más ventajas al acreedor tener una cosa

con que hacerse pago que no verse precisado á ejercitar una accion personal contra su deudor. (Instit., § 14, *eod.*)

De la propia manera compete la accion *furti* al poseedor de buena fé, porque tiene interés en conservar la cosa á fin de usucapirla. (Instit., § 15, *eod.*)

Por igual motivo, si se ha hurtado un vestido que se mandó al batanero para desengrasarlo ó al sastre para componerlo, mediante un determinado precio, la accion *furti* competerá, no al dueño de la prenda, sino al batanero ó al sastre, porque aquel no tiene interés en la conservacion de la cosa, dado que á merced de la accion *locati* puede ser indemnizado por el industrial á quien confió el trabajo. Sin embargo, el batanero y el sastre no tienen la accion de robo, sino en tanto que son solventes (*quam si solvendo sint*), es decir, que pueden pagarle al propietario la estimacion de la cosa robada, pues no siendo así, el propietario, no pudiendo conseguir de aquellos el valor de la cosa, tendria un interés personal en conservarla, y á él habria de competerle, por consiguiente, la accion *furti* (*ipso domino furti competit actio*). (Gayo, C. III, § 205; Instit., § 15, *eod.*)

¿Qué sucede cuando se le ha robado á uno la cosa que tenia en comodato?—Segun el derecho antiguo, hacíase la misma distincion indicada en el precedente párrafo; si el comodatario era *solvente*, la accion *furti* concedíase al comodatario y negábase al comodante; si era *insolvente*, ya no se resolvia de igual manera: se daba accion al comodante y se negaba al comodatario. Justiniano innovó algo en esta materia, estableciendo que el comodante tuviese la facultad de optar entre la accion para exigir responsabilidad al comodatario (*commodati directa actio*) y la accion *furti* contra el ladron; bien que, una vez que hubiese optado, no le fuese posible volver sobre su acuerdo, lo que supone que ha tenido noticia del robo ántes de elegir su accion. Aunque la *actio furti* da, segun los casos, el duplo ó el cuádruplo de lo que vale la cosa robada tiene, sin embargo, el comodante mayor interés en proceder por la accion *commodati directa* cuando el ladron es insolvente. (Instit., § 16, *eod.*)

¿Qué sucede cuando la cosa vendida, mas todavía no

entregada, se **sustrae fraudulentamente al vendedor, á quien no puede achacarse dolo ni culpa?**—A partir del momento en que tiene lugar la venta corren los riesgos á cargo del comprador. El vendedor, por consiguiente, nada sufre á consecuencia del robo, puesto que podrá, malgrado la pérdida de la cosa, exigir al comprador que le satisfaga el precio. Al comprador compete, pues, la *actio furti*. (L. 38, § 1, D., *De solut.*, lib. XLVI, tít. III.)

Mas esta opinion pareció haber sido abandonada; el vendedor será quien tenga la accion *furti*, y quien al tiempo de pagar el precio el comprador deberá cederla á este último. (L. 49, *pr.*, D., *De furt.*, lib. XLVII, tít. II.)

Niégase tal accion al depositario, porque no siendo responsable más que de su dolo y de su culpa lata, no debe responder de la cosa robada. No sucederia otro tanto si al formar el contrato de depósito se hubiese convenido que el depositario fuese responsable áun de su culpa leve. (Instit., § 17, *eod.*)

¿Contra quién se da la accion furti?—La accion *furti* se da contra el ladron y sus cómplices. Son *cómplices de robo* aquellos que auxilian al autor principal en la perpetracion del delito (*ope*), y que le ayudan deliberadamente (*consilio*). Faltando alguna de ambas condiciones, no existe complicidad. (L. 36, *pr.* y § 2, D., *eod.*) Así, al que ha prestado una cooperacion material, pero sin el designio de contribuir á un robo, no se le considera cómplice, y por consiguiente, no es responsable por la accion *furti*; y lo propio se dirá del que, despues de haber aconsejado el robo, no hubiese prestado ya más su auxilio al principal autor del delito (*qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti*. Instit., § 11, *eod.*) (1). Pero aquel que hace caer el dinero de vuestras manos para que otro lo hurte, ó aquel que se os pone delante para

---

(1) Segun el Código penal español, por el contrario, se consideran autores del delito (art. 13): 1º los que toman parte directa en la ejecucion del hecho; 2º los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo (*qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum*); 3º los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*qui opem ad furtum faciendum adhibuit*). (N. del T.)

que otro se apodere de una cosa vuestra sin que lo advirtais, ó aquel que ha puesto espanto en vuestra manada de corderos ó de bueyes para dar ocasion á que otro se apropie alguno, es indispensablemente cómplice del autor principal y está sujeto á la accion *furti*. Aún podemos citar algun otro ejemplo de complicidad, como la del que arrima una escalera á la ventana, el que fuerza una puerta ó balcon á fin de facilitar al criminal el acceso á la casa, ó el que conscientemente presta instrumentos que sirven para cometer el delito, etc. (Instit., § 11, *eod.*)

Tambien se considera cómplice y es perseguido por la accion *furti*, el que intencionadamente ha escondido el cuerpo del delito. (Instit., § 4, *in fine*). (1).

Del robo cometido por un esclavo, por un hijo de familia ó por uno de los cónyujes.—Cabe la posibilidad de que haya robo sin haber lugar á la accion *furti*; por ejemplo: un hijo de familia ó un esclavo sustrae un objeto al padre ó al dueño; aquí hay un verdadero robo, de lo cual se desprenden las dos siguientes consecuencias: 1ª la cosa será furtiva, y como tal no susceptible de usucapion; 2ª si el hijo de familia ó el esclavo tuviese un cómplice, á este podrá perseguirse por la accion *furti*. Pero no asimismo al hijo ó al esclavo, porque no hay términos hábiles para la accion entre individuos que se hallan *in eadem familia*. No sucederia otro tanto si el hijo de familia no estuviese ya bajo potestad de su padre. (Instit., § 12, *eod*). Tampoco pueden los cónyuges ejercitar uno contra otro la ac-

(1) Como se ve por este párrafo, la ley penal romana no hacia distincion entre los cómplices y los encubridores. Segun nuestro Código son cómplices los que, no hallándose comprendidos en la categoría de autores, cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos: al paso que se consideran encubridores los que, con conocimiento de la perpetracion del delito, sin haber tenido participacion en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad á su ejecucion, aprovechándose por sí mismos ó auxiliando á los demás para que se aprovechen de los efectos del delito, inutilizando ú ocultando el cuerpo, los efectos ó los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento; albergando, ocultando ó proporcionando la fuga al culpable cuando en esto concurra la circunstancia de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor ó la de ser el delincuente reo de traicion, regicidio, parricidio, asesinato ó reo conocidamente habitual de otro delito; y por fin, denegando el cabeza de familia á la autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio á fin de aprehender al delincuente que se hallare en él. (N. del T.)

cion *furti* por las sustracciones fraudulentas, cometidas durante la vida matrimonal. Únicamente se concede una *condictio* llamada *actio rerum amotarum* á la víctima de la sustraccion fraudulenta contra el cónyuje culpable. (D., *De act. rer. amot.*, lib. XXV, tít. II). (1).

TITULO II

De los bienes arrebatados con violencia.

Definicion.—El delito *bonorum vi raptorum* es una variedad del robo en la que concurre la circunstancia agravante de la violencia. Cuando hay *bona vi rapta*, habrá, pues, con mayoría de razon un robo (*furti*). (2).

Por esto al que se apodera violentamente de una cosa, se le llama *improbus fur*. (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. II.)

De la accion «bonorum vi raptorum.»—Aunque el *improbus fur* estuviera sujeto á la accion de robo, el pretor creyó necesario introducir para este caso una accion particular, cual fué la *bonorum vi raptorum*, que la persona robada podia ejercitar en vez de la accion *furti*.

¿Cuándo ha lugar á la accion bonorum vi raptorum?—Sólo mediante dos condiciones se concede: 1° que haya tenido lu-

---

(1) Comp. Cód. penal, art. 380.—Nuestro Código (art. 580) exime de responsabilidad criminal (sin perjuicio de la accion civil que podemos comparar á la *actio rerum amotarum* romana) por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren: 1°, á los cónyuges, ascendientes y descendientes ó afines en la misma línea; 2°, al consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro, y 3°, á los hermanos y cuñados si vivieren juntos. La excepcion del citado artículo no es aplicable, sin embargo, á los extraños que participaren del delito. (N. del T.)

(2) El delito de que aquí se habla corresponde al *robo* que castiga nuestro Código en el cap. I del tít. XIII, el de que habla el título anterior de la obra es el hurto (capítulo II, Cód. pen.), en que no concurre violencia en las personas ni fuerza en las cosas. (N. del T.)

gar el hecho con violencia (*hominibus coactis, bona rapta*) (1); 2º que se haya ejecutado con mala intencion (*dolo malo.*)

Analogías entre la accion «bonorum vi raptorum» y la accion «furti.»—1º La accion *bonorum vi raptorum*, como la de robo, implica dolo de parte del agente. (Instit., § 1, *eod.*) 2º De la propia manera que la accion *furti*, la *bonorum vi raptorum*, sólo cabe respecto de las cosas muebles, pero no contra la invasion violenta de un fundo ú otro inmueble. (Instit., § 1, *eod.*) (2). 3º La accion *bonorum vi raptorum*, competia, como la de robo, á las personas que tenian interés en que la cosa no fuese arrebatada con violencia (*ut intersit ejus eam non auferri*); en este sentido corresponde, por ejemplo, al locatario, al comodatario, al acreedor pignoraticio, al depositario *qui culpam quoque promisit*; sólo que se da mucho más fácilmente la accion *bonorum vi raptorum* que la accion *furti*, de suerte que tal propietario que no tendria derecho á la accion *furti*, obtiene sin dificultad la *bonorum vi raptorum*. (Instit., § 2, *eod.*, L. 2, § 24, D., *Vi bonor. rapt.*, lib. XLVII, tít. VIII). 4º A semejanza de la accion de robo, la *bonorum vi raptorum* penal, por lo ménos en parte, no se da contra los herederos del culpable; pero si estos han otenido algun provecho del delito cometido por su causante, vendrán obligados á la restitucion de lo que hayan lucrado, mediante una *condictio sine causa*. (L. 2, § 27, D., *eod.*)

Diferencias entre la accion «bonorum vi raptorum» y

---

(1) La nocion del robo que nos da el art. 515 de nuestro Código penal viene á ser una paráfrasis de las fórmulas romanas; dice así el artículo citado: «Son reos del delito de robo, los que con ánimo de lucrarse (*lucri faciendi gratia*), se apoderan de las cosas muebles ajenas (*in mobilibus rebus quæ rapi possunt*) con violencia ó intimidacion en las personas (*hominibus coactis*) ó empleando fuerza en las cosas (*bona rapta*). (N. del T.)

(2) El que se ha visto expulsado violentamente de un inmueble tiene, segun el derecho romano, para lograr que se le reintegre en la posesion y obtener la reparacion completa de los perjuicios sufridos por consecuencia del hecho violento, el interdicto *unde vi*, uno de los tres principales interdictos *recuperandæ possessionis*. La fórmula, segun Gayo, era esta: «*unde tu illum vi dejecisti restituas.*» En nuestro derecho, aparte la accion civil de interdicto para recobrar la posesion, cuyo ejercicio regula la ley de Enjuiciamiento civil, la legislacion penal establece una sancion pecuniaria contra el que con violencia ó intimidacion en las personas ocupare alguna cosa inmueble ó usurpare un derecho real de ajena pertenencia y contra el que alterare términos ó lindes de los pueblos ó heredades ó cualquiera clase de señales destinadas á fijar los limites de predios contiguos. (N. del T.)

la accion «furti».—Estas dos acciones se diferencian bajo distintos puntos de vista; respecto á su orígen, á su naturaleza, á su cuota, al modo cómo se calcula el importe de la condena y al plazo dentro del que deben intentarse.

1º *Respecto á su orígen.*—La accion *furti* procede de la ley de las Doce Tablas; la *bonorum vi raptorum* fué introducida por el pretor. (Instit., *pr.*, *eod.*) (1).

2º *Respecto á su naturaleza.*—La accion *furti* es de índole penal, y su objeto exclusivo consiste en conseguir que se pronuncie contra el culpable sentencia condenándole á una pena pecuniaria, sin perjuicio de la restitucion de la cosa robada (2). La accion *bonorum vi raptorum* es una accion *mixta*, esto es, penal y persecutoria de la cosa. (Instit., *pr.*, *eod.*)

3º *Respecto á la entidad de la condena.*—En el caso de robo no manifiesto, la accion se dá por el *duplo;* en el caso de *bona vi rapta* se dá por el *cuádruplo*, áun cuando el delincuente no haya sido sorprendido *in fraganti* (*sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non*). Sin embargo, la pena, en rigor, no es más que del triple, puesto que en el cuádruplo se comprende la persecucion de la cosa (*sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit*). Hé aquí una diferencia entre la accion *bonorum vi raptorum* y la de robo manifiesto, cuyo cuádruplo es puramente penal (*quadruplum autem totum pœna est*) y que, por otra parte, dá una accion para perseguir la cosa ó para obtener una vez más su valor á título de *rei persecutio* (Instit., *eod.*) Ya se comprende, pues, que la accion *bonorum vi raptorum* es más ventajosa para el actor que la accion *furti nec manifesti*, pero que lo es ménos que la *furti manifesti;* con todo, el demandante podrá escoger libremente la accion

---

(1) Los términos en que se halla redactado el edicto del pretor que introduce esta accion son los siguientes: «*Si cui dolo malo, hominibus coactis, damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur: in eum qui id fecisse dicetur, judicium dabo.*» (Dig., *pr.*, § 2, lib. XLVII, tit. VIII.) Esta accion, de carácter privado, se concede al que ha sufrido la violencia aunque tuviese á su disposicion una accion pública criminal, en virtud de la ley Julia, referente á la violencia (*lex Julia de vi privata*), pudiendo elegir entre ambas. (N. del T.)

(2) La restitucion de la cosa, la reparacion del daño causado y la indemnizacion de los perjuicios, constituyen, segun nuestro derecho, la responsabilidad civil, independiente de la criminal que proceda segun la naturaleza y gravedad del hecho punible. (N. del T.)

que juzgue más favorable á sus intereses ó más acomodada á la naturaleza del hecho punible. Conviene observar que si el demandante ha empezado por intentar la accion *bonorum vi raptorum*, no se le otorgará la accion *furti* (*deneganda est*); pero que si, por el contrario, ha escogido desde luego la accion *furti* se le concederá la *bonorum vi raptorum*, solo para procurarle aquello en que esta segunda accion aventaja á la primera (*non est illa deneganda ut tamen id quod amplius in ea est consequatar* (L. 1, D., *eod.*)

4° *Respecto al modo cómo se computa el importe de la condena.* La unidad (*simplum*) que se multiplica por dos ó por cuatro en la accion *furti manifesti* ó *nec manifesti*, es la equivalencia del perjuicio que al demandante ha ocasionado el robo (*quod actoris interfuit*) y no solo el valor real del objeto robado. En la accion *bonorum vi raptorum*, por el contrario, el cuádruplo se calcula sobre el valor real y efectivo del objeto robado (*verum rei pretium*) y no sobre el interés del demandante (1).

5° *Respecto al plazo en el que deben intentarse.*—La accion *furti* es perpétua (2); la *bonorum vi raptorum*, bajo el punto de vista de la pena, es anual (*intra annum quadrupli*). Transcurrido el año, solo se dá por el simple; de donde se sigue que si ha espirado el plazo útil, más le conviene al demandante intentar la accion *furti* que la *bonorum vi raptorum*.

¿Qué diremos del caso en que una persona se apodera violentamente de una cosa que creyó le pertenecia?—La accion *bonorum vi raptorum* significa, segun hemos visto, que hubo intencion fraudulenta de parte del agente (*si dolo malo quisque rapuerit*); por lo tanto, en el hecho á que nos referimos no cabe decir que haya *bonorum vi raptorum*. Con mayor razon se dirá que no existe robo si la cosa pertenece positivamente al que se apodera de ella con violencia.

---

(1) *Sic*, Ducaurroy, t. III, n° 1129; Ortolan, t. III, n° 1740; de Fresquet, t. II, p. 236; Maynz, t. II, § 356, p. 439, texto y nota 11; Labbé, *en sus lecciones*.—Demangeat, t. II, p. 395, no admite, sin embargo, semejante diferencia entre la accion *furti* y la *bonorum vi raptorum*. Segun este ilustrado profesor, así en una como en otra de estas acciones, debe tomarse por unidad el *verum rei pretium*, es decir, no sólo el valor material de la cosa, sino tambien el interés que el demandante tenia en conservarla. (L. 2, § 13, D., *Vi bodor. rapt.*, lib. XLVII, tít. VIII.)

(2) Consecuencia de la imprescriptibilidad de las cosas furtivas; consignada en las Doce Tablas: «*Furtivæ rei æterna auctoritas esto.*» (N. del T.)

Mas como semejantes procederes de fuerza se oponen al órden público y conviene alejar todo pretexto á la violencia (*ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam*), las constituciones de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio (L. 7, C., *Unde vi*, lib. VIII, tít. IV), establecieron una pena contra todo el que arrebatase ó invadiese violentamente una cosa litigiosa, mueble ó inmueble, aunque se creyese propietario de ella (*licet suam eamdem rem existimet*). Si la cosa pertenecia efectivamente al despojante, debia perder la propiedad; si no le pertenecia, estaba obligado á restituirla y á pagar, además, el valor de la cosa por via de pena (*post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare*. Instit., § 1, *eod.*)

De la accion pública de la ley Julia de vi privata.—En lugar de la accion *bonorum vi raptorum* que es accion privada *(judicium privatam)* tenia el demandante á su arbitrio una acusacion criminal de carácter público, derivada de la ley *Julia* sobre la violencia. (Instit., § 8, lib. IV, tít. XVIII.)

TÍTULO III

De la ley Aquilia.

Orígen.—La ley *Aquilia* es un plebiscito dado á propuesta del tribuno Aquilio el año 468 de la fundacion de Roma (1); su objeto era la reparacion de los perjuicios injustamente causados, es decir, *sin derecho* y por culpa *etiam levissima*. La ley Aquilia contiene tres capítulos (Instit., § 14, lib. IV, tít. III.)

(1) Disienten notablemente los romanistas acerca la fecha de este monumento legislativo, pues sucesivamente han indicado los años 367, 468 y 528 de la fundacion de Roma. Preferimos la segunda de estas fechas cuya mayor probabilidad fundamos en la paráfrasis de Teófilo.—Este jurisconsulto en su paráfrasis (§ 15 del tít. III), fija el orígen de esta ley Aquilia en la época de disensiones entre los patricios y los plebeyos y de la retirada de estos últimos: lo que al decir de Ortolan (*Historia del derecho*, p. 146), debe referirse á la tercera retirada al monte Janiculo, que tuvo lugar el año 468 de Roma. (N. del T.)

PRIMER CAPÍTULO DE LA LEY AQUILIA (1).

Objeto del primer capítulo de la ley Aquilia.—Esta ley en su primer capítulo previó el caso en que se hubiere matado sin causa legítima (*injuria*) un esclavo ajeno ó un cuadrúpedo de los que pastan en manadas (*quæ pecudum numero sit*) que sea tambien de ajena pertenencia. (Instit., *pr.*, lib. IV, título III.)

¿Qué animales se comprenden bajo esta expresion «quadrupedem quæ pecudum numero sit?»—La disposicion de la ley Aquilia no es aplicable á todos los cuadrúpedos en general, sino tan solamente á los que viven en manada, como los caballos, los mulos, los asnos, las ovejas, los bueyes, las cabras y los tocinos; no se aplica, pues, á los animales salvajes ni á los perros. (Instit., § 1, *eod.*)

¿Qué se entiende por injuria?—Matar *injuria* tanto vale como matar sin razon ni derecho (*qui nullo jure occidit*); de donde se sigue que hay razon para matar cuando se mata en caso de legítima defensa (*vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt*). Para que se aplique la ley Aquilia es preciso que haya mediado dolo ó por lo ménos culpa en el que ha causado la muerte. La culpa aquiliana no admite grados, y áun la más leve (*etiam levissima*) lleva consigo responsabilidad para el delincuente. Es más: no consiste nunca en una mera negligencia (*culpa in omittendo*), sino en todos los casos en una accion perjudicial para otro (*culpa in comittendo*). (Instit., §§ 2 y 3, *eod.*)

Los jurisconsultos romanos citan una série de ejemplos que demuestran con toda claridad en qué casos existe dolo ó culpa en el autor del homicidio ó imprudencia de parte de la víctima. Así, cuando ejercitándose uno en el disparo de flechas hiere á un esclavo que pasa en aquel momento, ¿habrá lugar á la aplicacion de la ley Aquilia? Importa distinguir: Si el ac-

(1) Conocemos el texto literal de este primer capítulo por un fragmento de Gayo en el Digesto; dice así: «*Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem, injuria occiderit quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum æs dare domino damnatus esto.* (N. del T.)

cidente ha ocurrido á un militar que practicaba dicho ejercicio en el Campo de Marte ó en otro sitio destinado á estos ensayos, no existirá culpa de ningun género (*nulla culpa ejus intelligitur*), y por lo tanto no incurrirá el causante del daño en la pena de la ley Aquilia. Si el homicidio ó la herida fué causado por un paisano y áun por un militar en sitio no destinado á los ejercicios (*qui in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit*) habrá culpa (*culpæ reus est*) y se incurrirá en el rigor de la ley Aquilia. (Instit., § 4, *eod.*)

Así tambien cuando un leñador al cortar una rama de lo alto del árbol, que se desprende y cae hiriendo á un esclavo que se acertaba á pasar por debajo es preciso hacer una distincion:—el árbol se inclinaba sobre un camino público ó vecinal; en este caso si el que se hallaba podando el árbol no ha dado voces al transeunte, *vi casus evitari possit*, tendrá culpa y sufrirá la pena de la ley Aquilia: si le advirtió y el esclavo no cuidó de ponerse á salvo, no hay culpa, ni por lo tanto, accion (*extra culpam est*);—ó bien el árbol se hallaba en mitad de un campo ó de un bosque, y en este caso no hay culpa imputable al que se hallaba podando, aunque no hubiese dado voces, porque nadie tenia derecho de transitar por aquel sitio (*quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi*). (Instit., § 5, *eod.*)

Por semejante modo, si un médico, luego de haber operado á un esclavo, abandona los cuidados de su curacion y de tal negligencia se sigue la muerte del esclavo, habrá culpa que dará lugar á la aplicacion de la ley Aquilia. (Instit., § 6, *eod.*)

Siendo la impericia una falta, el médico que por no saber operar al esclavo ó por administrarle inoportunamente un medicamento le acarrea la muerte, será responsable de esta desgraciada consecuencia (Instit., § 7, *eod.*), como lo será tambien del daño que causa el muletero que por impericia ó por escasa fuerza no acertó á reprimir el ímpetu de sus mulas. (Instit., § 8, *eod.*)

Los dementes y los infantes, incapaces de culpa y de dolo, no están sujetos á la sancion de la ley Aquilia. (L. 5, § 2, D., *Ad leg. Aquil.*, lib. IX, tít. II.)

¿Cuál es el importe de la condena impuesta en virtud del primer capítulo de la ley Aquilia?—El importe de esta condena debe representar el más alto valor que haya tenido el esclavo ó el cuadrúpedo dentro del año (Instit., *pr.*, *eod.*); de lo que resulta que si, por ejemplo, en el momento del homicidio el esclavo era cojo, manco ó tuerto, pero dentro del año anterior ha estado completamente sano y ha tenido un gran valor, el que le ha muerto viene obligado á pagar, no el valor del esclavo en el momento de la muerte, sino el más crecido valor que haya tenido dentro del año. Esta circunstancia es la que ha motivado que se considerase como de carácter penal la accion de la ley Aquilia, toda vez que por ella no solamente se deben los perjuicios causados, sino alguna vez algo que excede á ellos (*quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris*). Por esto, semejante accion no se da contra los herederos del culpable, como habria sucedido si la condena hubiese debido exceder jamás el importe de los perjuicios. (Instit., § 9, *eod.*) Sin embargo, como nadie debe enriquecerse á costa de otro, los herederos del culpable vendrán obligados hasta el límite del provecho que personalmente les hubiese alcanzado por consecuencia del delito que cometió su causante.

Además han resuelto los Prudentes, no con arreglo á los términos de la ley, sino por interpretacion (*non ex verbis legis, sed ex interpretatione*) que es preciso tomar en cuenta no sólo el valor material de la cosa (*perempti corporis æstimationem*), sino, por otra parte, cualesquiera perjuicios resultantes del hecho de haber aquella perecido (*sed eo amplius quidquid prætarea perempto ex corpore damni nobis allatum fuerit*). Por ejemplo, si vuestro esclavo, instituido heredero, es asesinado antes que haya podido hacer adicion por vuestra órden, es indudable que el matador debe responder asimismo de la pérdida de esta herencia (*nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat*). De la misma suerte, si os han matado una de las mulas que formaban la pareja, uno de los cuatro caballos de una cuadriga, ó en fin, uno de los esclavos de una compañía de comediantes, no se apreciará únicamente el valor de la cosa perdida, sino que tambien habrá que tomar en

cuenta la depreciacion que ha experimentado el conjunto de que la cosa formaba parte (*sed eo amplius id quoque computatur quanto depretiati sunt quæ supersunt*). (Instit., § 10, *eod.*)

De la accion de la ley Cornelia de sicariis.—Aparte de la accion de la ley Aquilia que castigaba con una pena pecuniaria la muerte de un esclavo, el dueño podia dirigir contra el culpable una acusacion criminal en virtud de la ley *Cornelia de sicariis*. (Instit., § 11, *eod.*)

SEGUNDO CAPÍTULO DE LA LEY AQUILIA.

Su objeto.—El segundo capítulo de la ley Aquilia, completamente desconocido por los modernos intérpretes hasta el descubrimiento de la Instituta de Gayo, permitia al estipulante ó á sus herederos, perseguir al adstipulador que, en lugar de exigir el beneficio de la estipulacion, habia extinguido el crédito, liberando fraudulentamente al deudor por medio de una aceptilacion (*qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit.*) (1). (Gayo, C. III, § 215.)

¿Cuál era el importe de la condena impuesta en virtud de este segundo capítulo?—La accion de la ley Aquilia se daba contra el adstipulador en concurrencia de la cantidad que él habia condonado al deudor (*quanti ea res esset, tanti actio constituitur.*) (Gayo, *ibid.*)

Podríamos preguntarnos, ¿cuál era la utilidad de semejante accion, cuándo habia de producir idéntico resultado que la de mandato, y no era susceptible de acumularse á ella? Sólo bajo un concepto presentaba utilidad, á saber: respecto á que la condena contra el adstipulador era por el duplo en caso de haber denegacion por su parte (*nisi quod ea lege adversus inficiantem in duplum agitur.*) (Gayo, C. III, § 216; Instit., § 1, lib. IV, tít. XVI.)

---

(1) Véase para todo lo relativo á los adstipuladores, *supra*, lib. III, tít. XIX, página 445.—La ley Aquilia completaba en este segundo capítulo su objeto previsor; el primero se referia á la pérdida completa de ciertas cosas corpóreas, como los esclavos y los animales más útiles; en el segundo se trataba de prevenir la pérdida completa de ciertas cosas incorpóreas, de los derechos de crédito de uso más general y frecuente, como eran los que se constituian por estipulacion. (N. del T.)

La *adstipulatio* no tenia lugar en la época de Justiniano; por esto la Instituta únicamente cita esta segunda parte de la ley Aquilia para decir que ha caido ya en desuso. (Instit., § 12, lib. IV, tít. III.)

TERCER CAPÍTULO DE LA LEY AQUILIA.

Su objeto.—El capítulo tercero de la ley Aquilia proveyó acerca de las heridas causadas á los esclavos, y á los animales que pastan en manadas (*quæ pecudum numero sunt*), y tambien acerca de la muerte ó las heridas que se ocasionaren á los demás animales no comprendidos en aquella clase (*quæ pecundum numero non sunt*), por ejemplo, á un perro ó á un animal silvestre ó fiero.

Tambien castigaba este capítulo de la ley cualquier daño sin razon inferido á toda especie de animales, y á todo linaje de cosas inanimadas. Así, en efecto, se da la accion de este capítulo á todo el que destroza, incendia ó deteriora en algun modo los objetos de pertenencia ajena, como sucederia, por ejemplo, con el que mezclase con el vino ó aceite de otro sustancias que alterasen su bondad natural. (Instit., § 13, *eod.*)

¿Cuál es el importe de la condena impuesta en virtud del tercer capítulo de la ley Aquilia?—La cuantía de esta condena debe representar el más alto valor que la cosa haya tenido, no en el año, sino en los treinta dias anteriores al delito (*non quanti in eo anno, sed quanti in diebu triginta proximis res fuerit.*) (Instit., §§ 14 y 15, *eod.*)

OBSERVACIONES COMUNES Á LOS CAPÍTULOS PRIMERO Y TERCERO DE LA LEY AQUILIA.

Primera observacion.—La ley Aquilia daba la accion en reparacion del daño al propietario de la cosa que lo habia experimentado, pero es preciso reconocer que, aparte del propietario, habia otras personas que podian sufrir el mismo perjuicio, como por ejemplo, el usufructuario, el poseedor de buena fe que se halla en condiciones para usucapir, el acreedor pignoraticio, etc. No tenian estas personas la accion *directa* de la ley Aquilia; pero la jurisprudencia hubo de hacerla extensiva á estos varios interesados, concediéndosela bajo la

forma de accion *útil.* (L. 11, §§ 8 y 10, D., *Ad. leg.* Aquil., lib. IX, tít. II.)

Segunda observacion.—La ley Aquilia solo habia previsto el caso de un daño material causado por el contacto de un cuerpo sobre otro cuerpo, *corpore et corpori*, como se verificaba, por ejemplo, cuando desde lo alto de un puente ó de un ribazo habia sido arrojado al rio un esclavo ajeno y habia perecido; en este caso el mal habíalo causado un cuerpo en otro cuerpo, y por esto se daba la accion *directa* de la ley Aquilia. (Instit., § 16, *eod.*)

Mas el daño pudó causarse á un cuerpo, pero no por otro cuerpo; como tambien pudo suceder que no fuese ningun cuerpo el causante ni el recipiente del daño.

1° El daño se ha causado *corpori, sed non corpore*, por ejemplo, encerrando á un esclavo ó á un cuadrúpedo que os pertenece, de modo que perezca de hambre, ó espantando de tal suerte á una de las reses de vuestro rebaño que el animal se haya precipitado en un derrumbadero, etc. Hay en tales casos un daño causado, *á* un cuerpo, pero no *por* otro cuerpo, lo cual no se halla comprendido en los términos directos de la ley Aquilia; sin embargo, la equidad exige que se aplique á tales casos la pena establecida por la ley. Este resultado se obtenia por la accion *útil* concedida por analogía de la accion directa (*utilis actio in eum datur.*) (Instit., § 16, *eod.*)

2° El daño se ha causado *non corpore, neque corpori*, por ejemplo, un esclavo habia sido encadenado por su dueño; un transeunte movido á piedad al verle quebranta las ligaduras y el esclavo escapa. El dueño experimenta con esto un perjuicio, un daño, pero no un daño material (*corpori*); caso no previsto ni en los mismos términos, ni áun en el espíritu de la ley Aquilia. Por tal motivo, el demandante no tendrá ni la accion directa ni la útil de esta ley; sólo podrá dirigirse contra el delincuente por una accion *in factum* (Instit., § 16, *eod.*) (1).

(1) Los intérpretes han disentido en sus opiniones sobre la naturaleza y los caractéres de esta accion *in factum.*—Pretenden algunos que no es más que la accion general *in factum*, ajena en absoluto á la ley Aquilia. Véase, Ortolan, t. III, n° 1976, p. 552, nota 1; Ducaurroy, t. III, n° 1138; Etienne, ***Instit. de Just.***, t. II, p. 298.—Otros le atribuyen los caractéres particulares de la accion directa aquiliana. *Sic*, Demangeat.

OBSERVACIONES COMUNES Á LOS TRES CAPÍTULOS DE LA LEY AQUILIA.

Las condenas impuestas en virtud y con arreglo á los tres capítulos de dicha ley eran unas veces por el equivalente ó simple valor de la cosa y otras veces por el duplo. Sucedia lo primero cuando el reconvenido confesaba y reconocia el hecho perjudicial que se le imputaba; lo cual, sin embargo, no era obstáculo á que si lo juzgaba conveniente, se opusiese y reclamase contra la valoracion del daño causado. (Instit., § 19, lib. IV, tít. VI.)

La condena era en el duplo como en castigo de la mala fé, cuando el reconvenido negaba los hechos que se le hubiesen imputado. (Instit., § 1, lib. IV, tít. XVI.)

TÍTULO IV

De las injurias.

DIFERENTES SENTIDOS DE LA PALABRA INJURIA.

En un sentido lato, la palabra injuria significa todo acto contrario al derecho (*omne quod non jure fit*); en sentido más estricto, esta palabra ofrece tres acepciones distintas: 1° culpa, en griego ἀδίκημα, como en la ley Aquilia, cuando se habla del daño causado *injuria;* 2° injusticia ó iniquidad de parte de un magistrado ó de un juez que ha proferido sentencia contraria á derecho; en griego ἀδικία; 3° ofensa, ultraje, atentado contra el honor de un hombre (*contumelia*), en griego ὕβρις.

En este capítulo hemos de considerar la palabra *injuria* como sinónima de *contumelia*, es decir, de ultraje ú ofensa. (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. IV.)

¿De dónde puede nacer la injuria?—Puede haber inju-

ría en los hechos, en las palabras, en las voces, en los ademanes, etc. Así hay injuria cuando un individuo se vé maltratado á golpes, ya sea con los puños ya con un palo; cuando se promueve contra él un escándalo (*convicium*); cuando alguno, durante su ausencia se hace instituir en posesion de sus bienes so pretexto de ser acreedor suyo; cuando se publica y circula un verso ó libelo infamatorio (*carmen famosum*), cuando se sigue pertinazmente á una madre de familia (*matrem familias*) á un jóven ó á una doncella que vistan aún la toga pretexta, etc., etc. (Instit., § 1, *eod.*)

Condiciones constitutivas del delito de injuria.—Este delito supone las dos condiciones siguientes: 1º Por parte del autor de la injuria, una intencion culpable, un propósito de ultrajar (*dolo malo fecit*) porque nadie comete injuria sin conocimiento de su propio acto (*injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere.* L. 3, § 2, D., *De injur.*, lib. XLVII, tít. X.) 2º Por parte de aquel que fué objeto de la injuria un sentimiento de la ofensa recibida, lo cual significa que si el injuriado desdeña el insulto y no se muestra agraviado, no habrá delito de injuria (Instit., § 12, *eod.*) (1).

¿Qué personas pueden sentirse ofendidas con ocasion de una sola injuria?—Puede acontecer que se injurie no sólo al que es objeto inmediato del ultraje sino al mismo tiempo y por indirecta manera al que tiene potestad sobre aquella persona. Por esto cuando se dirige un insulto á un hijo de familia el padre tiene dos acciones distintas, una de interés personal para perseguir la injuria que indirectamente se le ha inferido y otra en interés de su hijo por la injuria hecha á este último. La ofensa dirigida contra una mujer casada recae á la vez sobre la mujer y el marido, aunque no tuviera éste la *manus* sobre aquella. De donde resulta que al sufrir una injuria una mujer casada puede haber cuatro personas ofendidas: 1º la mujer; 2º el padre de familia bajo cuya potestad aquella se

---

(1) Inspirándose en este mismo principio las legislaciones modernas han clasificado el delito de injuria entre los *privados* que sólo se persiguen á instancia del agraviado. Por esto dice el art. 482, § 2 de nuestro Código, que nadie será penado, por calumnia ó injuria, sino á querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado. (N. del T.)

halla constituida; 3º el marido; 4º si el marido es hijo de familia, su padre. (Gayo, C. III, § 221). Cuantas sean las personas agraviadas tantas veces podrá intentarse la accion *injuriarum* y otras tantas serán las condenas que se impongan.

Injuria hecha á un esclavo.—Segun el rigorismo del derecho civil romano el esclavo no es una persona jurídica (*caput non habet*); no tiene reputacion ni honor que mantener á salvo, por consiguiente no puede sentirse personalmente ofendido por una injuria (*nulla injuria fieri intelligitur*). Pero la injuria dirigida á un esclavo puede recaer sobre su dueño, y en este caso tendrá el segundo una accion en su propio nombre y no *nomine servi*. Conviene observar que no toda injuria dirigida á un esclavo recae sobre el señor; es preciso, para que tenga este último accion de injuria que la ofensa fuese grave y hecha con intencion evidente de humillar al señor. Por ejemplo, se ha ultrajado al esclavo de otro con palabras ofensivas y áun se le ha dado de golpes; aquí no hay injuria grave (*atrox*) y por lo tanto el señor del esclavo no tiene accion; pero si se le azotó despiadadamente con unas varas (*atrociter verberaverit*) hubo en esto injuria grave, ofensa hecha al señor, y por tanto, accion concedida á éste contra el delincuente. (Instit., § 7, *eod.*)

El pretor introdujo un temperamento al principio de derecho civil, segun el cual *servis ipsis nulla injuria intelligitur*, admitiendo que en ciertos casos el esclavo podria ser considerado como persona directamente ofendida por la injuria, dándosele, por consiguiente, una accion que debia ejercitar su dueño. Tenia este, pues, una doble accion contra el ofensor; una *nomine servi* por la injuria hecha al esclavo y otra *nomine suo* por la injuria que recibió el señor en la persona de su siervo. Para fijar el importe de la condena en razon á la injuria hecha al esclavo, era preciso atender al empleo á que le habia destinado la confianza de su dueño. (Instit., § 7, *eod.*; L. 15, §§ 34, 35, 44 y 48, D., *De injur.*, lib. XLVII, tít. X.)

Injuria hecha á un esclavo perteneciente á varios señores.—Cuando el esclavo pertenece á la vez á distintos dueños (*servus communis*) la accion se concede á todos ellos, no proporcionalmente á su respectivo derecho de propiedad, sino atendiendo

á la consideracion personal de cada uno de ellos (*non pro ea parte qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona*) pues que su persona fué injuriada en la del esclavo (Instit., § 4, *eod.*).—Por el contrario, cuando se trata de la accion pretoriana, dada *nomine servi*, el beneficio de la accion se comparte entre todos los señores en proporcion á los derechos que tenga cada uno en la propiedad del esclavo.

Injuria hecha á un esclavo perteneciente á una persona en nuda propiedad y á otra en usufructo.—En el caso propuesto se presume que ha sido injuriado el propietario más bien que el usufructuario; salvo si el ultraje se dirigió evidentemente contra este último, en cuyo caso se le dará accion de injuria. (Instit., § 5, *eod.*)

Lo que se dice del usufructuario es aplicable tambien al poseedor de buena fé de un esclavo ajeno. El verdadero dueño del dicho esclavo es el que tendrá la accion de injuria, si el poseedor no logra justificar que á él se le ha dirigido. (Instit., § 6. *eod.*)

En cuanto á la accion *pretoriana* que se daba *nomine servi*, compete siempre al propietario y jamás al usufructuario ni al poseedor de buena fé.

Injuria hecha á un hombre libre poseido de buena fé como esclavo.—Conviene hacer una distincion; si la injuria va dirigida solamente contra el hombre libre, no tiene ocasion el poseedor de buena fé. Por el contrario, si la injuria va manifiestamente dirigida contra el poseedor de buena fé aunque inferida en la persona del hombre libre, ambos tendrán accion personal y recaerá una doble condena. (Instit., § 6, *eod.*)

¿CONTRA QUIÉN SE DA LA ACCION DE INJURIA?

La accion de injuria se da no solamente contra el autor de la ofensa (*non solum is injuriarum tenetur qui fecit injuriam*), por ejemplo, contra el que dió de golpes (*qui percussit*), sino tambien contra el instigador de la injuria, contra el que maliciosamente procuró la ocasion para que se golpease (*qui dolo fecit, qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur*). (Instit., § 11, *eod.*)

¿CUÁL ES LA PENA DE LA INJURIA?

La ley de las Doce Tablas fijaba una pena que unas veces era corporal y otras pecuniaria.—La pena corporal era la del talion cuando se hubiese roto algun miembro (*propter membrum ruptum*).—Si se habia fracturado algun hueso (*propter os fractum*) la pena pecuniaria elevábase á 300 ases, cuando el delito se hubiese cometido en persona libre, y á 150 si en un esclavo. Las demás injurias eran castigadas con una multa de 25 ases. Probablemente el *as* valia cinco céntimos de nuestra moneda.

Estas penas pecuniarias pudieron estimarse suficientes á causa de la escasez de numerario entre los antiguos. (Gayo, C. III, §§ 223 y 224; Instit., § 7, *eod.*)

Sustituyó el pretor estas penalidades por una reparacion pecuniaria más eficaz, permitiendo á la persona injuriada que fijase por sí misma, bajo la fé del juramento, la estimacion de la pena. El juez, sin embargo, tenia un poder discrecional para condenar al culpable á satisfacer el importe íntegro de dicha estimacion, ó en otro caso, para reducir la cantidad y moderar las pretensiones del demandante, tomando en cuenta, respecto á la determinacion de la pena, la gravedad de la injuria y la calidad de la persona ofendida. (Gayo, C. III, § 224; Instit., *ibid.*)

La ley *Cornelia*, probablemente la *Cornelia de Sicariis*, introdujo una nueva accion de injuria para tres casos taxativamente determinados (*ex tribus causis*) á saber:—por haber sido empujado (*pulsatum*),—por haber recibido golpes (*verberatum*), y por violacion de domicilio (*domumve suam vi introitum esse dicat*). Segun esta ley no fijaba el mismo querellante la entidad de la indemnizacion, sino el juez, á cuya discrecion se confiaba la tarea de valorar la pena. (Instit., § 8, *eod.*)

DISTINTAS ESPECIES DE INJURIAS.

Se distinguen en injurias *simples* é injurias *atroces*.

¿Cuándo la injuria es atroz?—Puede ser tal (*atrox*), ora por razon de los hechos, ora por el lugar en que acontecen, ora

por la persona, ora porque sea una ú otra la parte del cuerpo que ha recibido la herida:—*por razon de los hechos* (*ex facto*), si, por ejemplo, uno ha sido herido ó vapuleado con varas;—*por razon del lugar* (*ex loco*), si, por ejemplo, ha ocurrido la injuria en el teatro, en el foro ó en el pretorio;—*por razon de la persona* (*ex persona*), si, por ejemplo, la injuria se infirió á un magistrado, á un senador, á un ascendiente, á un patrono por uno de sus hijos ó libertos;—*por razon de la parte del cuerpo lastimada* (*locus vulneris*), si, por ejemplo, se causó la herida en el ojo (*veluti si in oculo quis percusserit*). (Instit., § 9, *eod.*)

Importancia de esta distincion.—Esta distincion es interesante bajo dos principales puntos de vista:—1° Bajo el punto de vista del orígen y concesion de la accion. En este concepto, la injuria dirigida á un esclavo sólo cuando es atroz recae sobre su dueño. (Instit., § 3, *eod.*) Tambien debe ser atroz la injuria para que se dé accion á un liberto contra su patrono y á un hijo salido de la potestad, contra su padre (L. 7, §§ 2 y 3, D., *De inj.*, lib. XLVII, tít. X.).—2° Bajo el punto de vista de la condena, que será tanto más rigorosa cuanta mayor fuese la gravedad de la injuria. (Paulo, *Sent.*, § 22, lib. V, tít. IV.)

Accion criminal contra la injuria.—El injuriado podia proponer contra el delincuente una acusacion criminal (*criminaliter agere*).—Conviene observar que, en los casos de injuria, no podian intentarse simultáneamente la accion privada y la accion criminal, pues que una excluia á la otra.

La eleccion entre ambas compete á la persona injuriada. (Instit., § 10, *eod.*)

Por regla general, y especialmente cuando de injuria se trataba, era preciso comparecer personalmente á sostener las acusaciones criminales. Sin embargo, una constitucion de Zenon (L. 11, C., *De injur.*, lib. IX, tít. XXXV) permitió á los *viris illustribus*, y á los que tenian una dignidad todavía más elevada, intentar la accion de injuria y defenderse en lo criminal por medio de procurador. (Instit., *ibid.*)

Extincion de la accion de injuria.—La accion de injuria se extingue de tres maneras: por el perdon, por el olvido y por la muerte.—1° *Por el perdon*, que se manifiesta por diversas circunstancias; un simple pacto bastaria para extinguir

ipso jure la accion de injuria (L. 17, § 1, D., *De pact.*, lib. II, tít. XIV.).—2° *Por el olvido*, que se presume cuando ha pasado un año desde que se recibió la ofensa, sin que se haya interpuesto querella (L. 17, § 6, D., *De inj.*, lib. XLVII, tít. X.) (1). —3° *Por la muerte*, ya sea la del autor de la injuria, ya la del agraviado.

Esta accion sólo se transmite á los herederos cuando hubiese ya *litis contestatio.* (L. 13, *pr.*, D., *eod.*) (2).

TITULO V

De las obligaciones que nacen como de un delito.

¿Cuándo nacen las obligaciones como de un delito? —No cabia decir que hubiese delito en todos aquellos casos en que el hecho generador del vínculo juridico, áun siendo ilícito y causando perjuicio á tercero, no estaba previsto ni castigado por una ley especial. Decíase entónces que la obligacion habia nacido *quasi ex delicto*, como si hubiese habido un delito; de donde se ha formado en el lenguaje moderno la palabra *cuasi-delito*. El pretor concedia contra el delincuente una accion *in factum*.

Diversos casos de obligaciones nacidas como de un delito.—Cita la Instituta como ejemplos:—1°, el caso en que el juez hace suyo el proceso;—2°, el caso en que se ha arrojado ó colgado alguna cosa con perjuicio de otro;—3°, el caso en que se hayan puesto ó suspendido sobre la vía pública objetos que amenacen al transeunte;—4°, el caso en que se haya cometido un hurto en una nave, posada ó caballeriza.

(1) Segun el Código penal español, el delito de calumnia prescribe al año y el de injuria á los seis meses. Cuando el hecho constituye una falta prescribe á los dos meses. (N. del T.)

(2) El Código penal español dice en su art. 480, que podrán ejercitar la accion de calumnia ó injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermano del difunto agraviado, siempre que la calumnia ó injuria trascendiese á ellos, y en todo caso el heredero.—Y en el § 3 del art. 482 dice que el culpable de injuria ó calumnia contra particulares quedará relevado de la pena impuesta mediando perdon de la parte ofendida. (N. del T.)

I. *Caso en que el juez hace suyo el proceso.*

El juez hacia suyo el proceso siempre que, sin cometer un delito bien calificado, habia proferido conscientemente una sentencia injusta, ya sea por favor, ya por enemistad ó por soborno, ya tambien por ignorancia. Aquel de los litigantes á quien hubiese perjudicado la falta cometida por el juez podia recurrir contra él en todos los casos, por más que la sentencia injusta fuese susceptible de reforma por vía de apelacion ó aunque pudiese considerarse como radicalmente nula. (Instit., *pr.*, lib. IV, título V.)

El juez que hiciese suyo el proceso, era condenado á pagar al litigante la estimacion exacta del pleito prudencialmente apreciada por otro juez (*et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur pœnam sustinebit*). (Instit., *ibid.*) En esta materia no cabia declarar responsable al jefe de familia por una falta que cometiese su hijo en el ejercicio de la judicatura. (Instit., § 2, *eod.*) Esta accion no se daba contra los herederos. (L. 16, D., *De judic.*, lib. V, tít. I.)

II. *Caso en que se ha arrojado ó ha caido alguna cosa con perjuicio de alguno.*

Supongamos que un objeto caido ó arrojado á la vía pública desde cierta altura causa daño á un transeunte. Si no se descubre al propio autor del delito, el jefe de la familia que ocupa la casa de donde salió el objeto caido, ya sea que la ocupe como propietario, ya como inquilino, ya por título gratuito, será responsable del hecho punible cometido por los individuos de su familia ó por las personas que se hallan á su servicio; y estará obligado *quasi ex delicto* en virtud de una accion penal que el pretor concede.—Conviene advertir que si el jefe de familia hubiese arrojado ó esparcido por sí mismo los objetos que causaron el daño, más que *quasi ex delicto* será responsable *ex delicto* por la accion de la ley Aquilia.

Importe de la indemnizacion.—La accion pretoriana *in factum* se daba por el duplo del daño causado cuando éste hubiere recaido sobre un esclavo ó una cosa. Recayendo sobre un hombre *libre* ó causándole tal vez la muerte, habia motivo para una

accion popular (que compete á cualquiera que pudiese comparecer en juicio) cuya entidad se fijó en 50 escudos de oro; si, por último, sólo se hubiese causado una herida á un hombre libre (*si vero vivet, nocitumque ei dicetur*), la estimacion de la pena quedaba al arbitrio del juez, quien debia tomar en cuenta los honorarios pagados al médico y demás gastos de la curacion, como asimismo la pérdida experimentada por la incapacidad para el trabajo. (Instit., § 1, *eod.*)

III. *Caso en que se han puesto ó suspendido ciertos objetos sobre la vía pública de un modo peligroso para el transeunte.*

El mero hecho de haber colocado ó suspendido ó de haber tolerado que se colocase ó suspendiese sobre la vía pública un objeto cuya caida pueda lastimar á los transeuntes, daba lugar á una accion por 10 escudos de oro, contra el que habitase la casa de que se trate, áun cuando el objeto no hubiese llegado á caer, y por lo tanto no se causase ningun daño. (Instit., § 1, *eod.*)

Observacion. —En los casos de los dos párrafos precedentes, si el daño se habia cometido por un hijo de familia, sólo se daba accion penal contra el padre mientras que viviese aquél en la casa paterna. (Instit., § 2, *eod.*)

IV. *Caso en que se ha cometido un hurto en una nave, posada ó caballeriza.*

El dueño de una nave, de una posada ó de una caballeriza estaba obligado *quasi ex delicto* por los hurtos ó daños cometidos en perjuicio de los viajeros ó huéspedes, no por sí mismo, sino por cualquiera de los empleados en el servicio de la nave, de la posada ó de la caballeriza, porque se le reputaba culpable por sólo tener en su casa personas de mala conducta (*quod opera malorum hominum uteretur*). El viajero perjudicado tenia una accion pretoriana *in factum,* que traia consigo una condena en el duplo contra el dueño de la nave ó establecimiento; accion que se trasmitia á los herederos del que habia experimentado el daño, pero no contra los del que por él fuese responsable (*heredi quidem datur, adversus heredem non competit*). (Instit., § 3, *eod.*)

Siendo el mismo dueño quien hubiese cometido el delito, estará sujeto, segun los casos, á la accion de hurto ó de la ley Aquilia (1).

TÍTULO VI

De las acciones.

Distintas acepciones de la palabra accion.—Esta palabra tenia en el derecho romano distintas acepciones. Con ella se significaba: 1º, la facultad de acudir á la autoridad pública á fin de conseguir el reconocimiento á favor nuestro de un derecho que nos compete, ó de que se nos ampare en un derecho controvertido por terceros; esto nos explica la definicion de la Instituta: *actio est jus persequendi judicio quod sibi debetur* (*pr*., lib. IV, tít. VI) (2); 2º el medio práctico, el procedimiento, la forma, mediante la cual se obtenia de la autoridad pública el reconocimiento ó la proteccion de un derecho. En este último sentido, principalmente, se usaba la palabra *accion* entre los jurisconsultos romanos.

DE LOS VARIOS SISTEMAS DE PROCEDIMIENTO SUCESIVAMENTE USADOS EN ROMA.

El derecho romano pasó por tres sistemas de acciones ó de procedimiento civil perfectamente distintos: el de las *acciones*

---

(1) El art. 20 del Código penal español declara que son responsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas ó empresas, por los delitos que se cometiesen en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte ó la de sus dependientes haya intervenido infraccion de los reglamentos generales ó especiales de policía. Los posaderos responden subsidiariamente de la restitucion de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas á los que se hospedaren en ellas, ó de su indemnizacion, siempre que los huéspedes hubiesen dado prévio aviso al dueño de la posada ó al que le sustituya, del depósito de aquellos efectos, y observado además, las prevenciones que los posaderos ó sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los objetos. Si el robo ha tenido lugar con violencia ó intimidacion en las personas no cabrá exigir responsabilidad al posadero, á ménos que hubiesen ejecutado el delito los dependientes del establecimiento. (N. del T.)

(2) Esta definicion de la Instituta ha sido objeto de atinada crítica por parte de Namur (*Cours d'Instit.*, 2ª edic., t. II, § 498, p. 302.)

de la ley, el de las *fórmulas*, y por último, el sistema de los *juicios extraordinarios* (*cognitiones extraordinariæ*).

Carácter comun del procedimiento por las acciones de la ley y del procedimiento por fórmulas.—El carácter comun á estas dos formas procesales, carácter que las distingue de las *cognitiones extraordinariæ*, es la separacion del procedimiento en dos diversas fases: la primera, que tiene lugar ante el magistrado; las partes se hallan entónces *in jure;* la segunda, que tenia lugar ante un juez, y decíase que las partes se hallaban *in judicio.* La ley de las Doce Tablas supone ya preexistente esta distincion entre el *jus* y el *judicium*, por donde cabe inferir que ya se conocia desde los tiempos más primitivos (1).

DE LOS MAGISTRADOS.

En los orígenes de Roma preséntansenos los reyes como magistrados, á quienes compete la *jurisdictio*, esto es, la tarea de administrar justicia, de aplicar los principios del derecho á la solucion de las controversias entre los particulares. Más adelante pasó este cuidado á los cónsules hasta el año 387 de Roma, en cuya época fué instituida la pretura. (Ciceron, *De republic.*, cap. V, § 2) (2). Esta institucion estuvo al principio representada por un solo magistrado, pero desde los primeros

---

(1) Este procedimiento so llamaba *ordo judiciorum privatorum*, y los iitigios conforme á él entablados *judicia ordinaria*. Véanse MM. de Keller, *des actions*, traduccion de Ch. Capmas, p. 3; Van Wetter, t. II, § 385, p. 462.

(2) *Sic*, Niebuhr, *Hist. rom.*, trad. de Golbéry, t. II, p. 53; Zimmern, *Tr. des act.*; trad. de M. Etienne, p. 6, 10, 24 y 25; Etienne, *Instit. de Just.*, t. II, p. 315 y sig., Domenget, *Institut. de Gaius*, p. 458, nota 1; Bonjeau, *Tr. des act.*, §§ 40 y 72; Giraud, *Introd. aux élém. du dr. rom.*, p. 19; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 53; Ortolan, t. III, nº 1849; Demangeat, t. II, p. 465; Alb. Desjardins, sur Latreille, *Rev. prac. de dr. franc.*, t. XXX, p. 90 y 91; Van Wetter, t. II, § 383, p. 464; de Keller, *Des actions*, § 1, p. 1, trad. de M. Ch. Capmas; Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, p. 187 (edic. 1846); Rivier, *Indroduct. histor. au dr. rom.*, § 15, p. 83; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3ª edic., p. 35, texto y nota 6.—Sin embargo, M. Labreille ha sostenido recientemente la opinion contraria en una obra notable por su originalidad. Segun este ilustrado autor (*Hist. des Instit. judic. des Rom.*, t. I, nº 20-28), los reyes y los cónsules no fallaron nunca sobre las contiendas civiles ni establecieron el derecho (*dicere jus*) respecto á los litigios privados, como no fuese por abuso de poder ó en virtud del consentimiento de las partes.

años del siglo sexto se instituyó para las contiendas entre los extranjeros y entre ciudadanos y extranjeros el que se llamó *pretor peregrino*, en oposicion al pretor, que, por entender de los negocios entre ciudadanos romanos tomó, desde aquel momento el nombre de *pretor urbano*. Más adelante se crearon preturas especiales para determinadas clases de negocios; por ejemplo: los *pretores tutelares* y *los fideicomisarios* (1). Al lado de los pretores vemos los ediles curules investidos de una jurisdiccion especial en materia de venta de esclavos y de animales, y en general sobre los reglamentos de policía. Ejercian la jurisdiccion en las provincias los procónsules ó gobernadores con atribuciones más extensas, si cabe, que las de los pretores, quienes sólo se hallaban investidos de una parte del *imperium*, la que se llamaba *imperium mixtum*, y que les competia para asegurar la ejecucion de sus sentencias. Por el contrario, los procónsules y los gobernadores de las provincias estaban investidos del *imperium* en toda su extension, *imperium* que se llamaba *merum*, y que otra cosa no era que el gobierno, la fuerza pública revestida de todos los poderes necesarios para el mantenimiento del órden segun la ley. Al lado de los gobernadores figuraban los questores, investidos de una jurisdiccion especial, semejante á la de los ediles curules.

En cuanto á los magistrados inferiores de las ciudades libres (*liberæ civitates*), si bien ejercian la *jurisdictio*, no estaban investidos de ninguna parte del *imperium*, ni siquiera del *imperium mixtum* (2).

El magistrado limitábase á organizar el proceso; oia las reclamaciones de las partes y determinaba con exactitud el punto sobre que versaba el litigio. Luego de haber propuesto las cuestiones sobre que debia recaer la sentencia, remitia las partes á la presencia de un juez, cuya mision era la de oir los argumentos alegados por una y otra parte, y en definitiva pronunciar el fallo.

---

(1) Véase relativamente al pretor fideicomisario, *supra*, lib. II, tit. XXIII.

(2) Pueden consultarse acerca de todos estos puntos las obras de MM. de Keller, *op. cit.*, p. 5 y sig.; Van Wetter, t. II, § 384, p. 460 y 461: Latreille, t. I, nº 14 y siguientes.

DE LOS JUECES.

Habia dos órdenes de jueces: unos que formaban un tribunal permanente, cual era el colegio de los centumviros, y otros á quienes se nombraba para un negocio determinado, ya fuese que uno solo debiese fallar, y se llamaba entónces *unus arbiter*, ya fuesen varios los juzgadores, en cuyo caso llamábaseles *recuperatores* (1).

El tribunal de los centumviros, cuyos orígenes parecen remontarse á la época de Servio Tulio (2), componíase de jueces elegidos anualmente entre las tríbus. Cuando habia en Roma treinta y cinco tríbus, cada una nombraba tres jueces, siendo, por lo tanto, de ciento cinco el número de los jueces centumvirales. De este número ha procedido muy probablemente la denominacion de centumviros (3). Más tarde el número de ellos ascendió por lo ménos á ciento ochenta.

Competian al tribunal de los centumviros: 1º las cuestiones de propiedad y sus desmembraciones (*dominium ex jure Quiritium*); 2º las cuestiones de sucesion; 3º las cuestiones sobre el estado (Gayo, C. IV, § 116). (4).

El juez (*judex ó arbiter*) (5), era un ciudadano romano, un simple particular que recibia del magistrado una mision espe-

---

(1) Es cuestion muy controvertida entre los comentaristas si en los primitivos tiempos de Roma los pontífices se hallaban revestidos de los poderes necesarios para juzgar en materia civil. Véase, en sentido afirmativo, Van Wetter, t. II, § 387, p. 467.

(2) Tal es por lo ménos la opinion de Niebuhr, *Hist. rom.*, trad. de Golbéry, t. I, p. 414, y sobretodo, t. II, p. 152 y sig., y de Bethmann-Holweg, *Zeitsch fur gesch. Rew.*, t. V, p. 360, y *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. I, § 23, p. 56 y sig.—Segun de Keller, p. 25 y 26, la creacion del tribunal de los centumviros debe referírse á la ley Æbutia. Comp. M. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, p. 192 (edic. 1846).

(3) *Sic*, Zimmern, *Tr. des act.*, trad. de M. Etienne, p. 57; de Keller, p. 20; de Fresquet, t. II, p. 393; Van Wetter, t. II, § 387, p. 468.

(4) No tenemos datos precisos para averiguar en qué momento desapareció la jurisdiccion de los centumviros. Es probable, y así opinan la mayoría de los más autorizados intérpretes, que dicho tribunal existió hasta la caida del Imperio de Occidente. *Sic*, MM. de Keller, p. 26; Van Wetter, *loc. cit.*, texto y nota 16.

(5) Suele traducirse alguna vez *judex* por *jurado*; sin embargo, entre nosotros el jurado sólo examina los puntos de hecho, al paso que el *judex*, en Roma, examinaba tambien la cuestion de derecho cuando se trataba de acciones civiles.

cial y accidental para estatuir en un determinado proceso, volviendo á recobrar, una vez finido este, su carácter de mero particular. El pretor formaba anualmente una lista de las personas que se hallaban en aptitud para desempeñar el cargo judicial. Primitivamente, los senadores tenian de un modo exclusivo el privilegio de poder ser incluidos en aquella lista; más tarde, y despues de muy empeñada lucha, se concedió tambien á los caballeros. Probablemente debió elevarse á muy cerca de cuatro mil el número de ciudadanos cuyos nombres figuraban en la lista. Estando las partes de acuerdo podian escoger un juez entre los nombres comprendidos en la lista del pretor y áun fuera de ella. No existiendo conformidad, el magistrado proponia un juez, á quien podia libremente recusar uno ú otro de los litigates. Por último, si no habia medio de llegar á un acuerdo acerca de la eleccion apelábase al procedimiento de la suerte (*sortiri*). Hácia los fines de la época clásica, los jueces ó árbitros fueron designados con el calificativo de *pedanei*, como signo de la inferioridad de su jurisdiccion (1).

Diferenciábanse los *recuperatores* de los jueces en que la eleccion se verificaba sin sujecion á ninguna lista, entre los ciudadanos ó entre los peregrinos (2). Eran tres los que componian el jurado; amenudo solian ser cinco. La competencia de los *recuperatores*, alcazaba principalmente á los negocios en que tenian parte los extranjeros, los cuales se hallaban sometidos á la jurisdiccion del pretor peregrino. Los *judicia recuperatoria* se distinguian por la brevedad y rapidez del procedimiento (3).

I. *Acciones de la ley.*

Cinco eran las acciones de la ley: la *sacramenti actio*; la

(1) Todavia no hay acuerdo unánime entre los intérpretes del derecho romano acerca de la palabra *pedanei*. Véase Van Wetter, t. II, § 387, p. 470, texto y nota 34.

(2) *Sic*, M. de Keller, *ob. cit.*, traduccion de M. Ch. Capmas, § 9, p. 38 y § 10, p. 41 y 42. Van Wetter, § 387, p. 471, texto y nota 46.

(3) Véase acerca de esta oscura institucion M. Bethmann-Holweg, *Der civil prozess gemeinen Rechts*, t. I, § 55; Mommsen, *Hist. rom.*, trad. de M. Alexandre, t. I, cap. XI; Zimmern, *ob. cit.*, p. 45 y sig.; Latreille, *ob. cit.*, nº 63 y sig.; de Keller, §§ 8 y sig., p. 31 y sig.

judicis postulatio; la *condictio;* la *manus injectio,* y la *pignoris capio* (1).

Carácter comun á las acciones de la ley.—Estas acciones eran de carácter patricio y sacerdotal; reducíanse á palabras sacramentales y ritos simbólicos, cuyo ceremonial habian determinado préviamente los pontífices. Las partes debian acomodarse rigorosamente á estos ritos, y por tal extremo, que la más mínima infraccion de las formalidades prescritas, traia consigo la pérdida del litigio y la caducidad de los derechos (*causa cadebat*). Únicamente los ciudadanos romanos podian hacer uso de las acciones de la ley (2).

DE LA ACCION SACRAMENTI.

Accion general, entre todas la más antigua, empleábase para toda suerte de negocios, respecto á los cuales la ley no habia ordenado una forma especial de procedimiento. (Gayo, C. IV, § 13.) Derivaba su denominacion de la cantidad que depositaban las partes (*sacramentum*), y que perdia la que resultaba vencida en la contienda.

Este *sacramentum*, cuya entidad variaba segun la importancia del negocio, entregábase primitivamente á la parte vencedora; más tarde se destinó á cubrir las necesidades del culto (*ad sacra publica*). Por demás limitado era el poder de que se hallaba investido el juez, tocante á la accion *sacramenti*; su mision reducíase á estimar si el *sacramentum* era ó no justo en su totalidad, sin poder tomar en cuenta las obligaciones recíprocas que á una con otra parte ligaban. (Gayo, C. IV, §§ 13 á 18.)

DE LA JUDICIS POSTULATIO.

No ha llgado hasta nosotros el pasaje de Gayo que podria facilitarnos algunas noticias acerca de esta accion. Presúmese

(1) Véanse para más pormenores sobre las diferentes *legis actiones,* MM. de Keller, §§ 13 y sig.; Latreille, t. I, nº 133, p. 145.

(2) Este punto, sin embargo, se ha discutido vivamente. Véase, en la opinion contraria, de Keller, § 12, p. 48, texto y nota 192.

que la *judicis postulatio* se aplicaba á todos los litigios que reclamaban, por parte del juez, alguna facultad discrecional; por ejemplo, á los negocios relativos á las tutelas, las fiducias, las ventas, arrendamientos, mandatos, sociedades, etc., á las acciones en particion ó juicios divisorios (*familiæ erciscundæ, communi dividundo*), y en una palabra, á los casos en que se ha establecido más tarde una accion de buena fé (1).

DE LA CONDICTIO.

En la lengua romana antigua, la palabra *condicere* (*dicere cum*), significaba *denuntire*. La *condictiao,* era pues, una accion de la ley, mediante la que una de las partes *emplazaba* con palabras solemnes á su adversaria para obligarla á comparecer dentro de treinta dias ante la presencia del magistrado para que se les nombrase un juez. Estableció la *condictio* la ley *Silia* (año 510 de Roma), para los casos en que se reclamase una determinada cantidad pecuniaria (*certa pecunia*), y la ley Calpurnia (año 529 de Roma) hízola extensiva á todos los casos en que se demandase una *certa res.* (Gayo, C. IV, §§ 18-20.)

DE LA MANUS INJECTIO.

Conocíanse tres distintas formas de *manus injectiones:* la *manus injectio judicati;*—la *pro judicato;*—y la *manus injectio pura.*

1º La *manus injectio judicati,* se concedia con el objeto de hacer ejecutar las sentencias. (Gayo, C. IV, § 21.)

2º La *manus injectio pro judicato,* se otorgaba para los casos en que no habia recaido condena, pero en los cuales se obraba como si efectivamente hubiese *judicatum.* Bajo este concepto, la ley Publilia permitia este procedimiento de ejecucion contra el que, habiendo sido afianzado por un *sponsor* no reintegraba á este, dentro de seis meses, las cantidades que por él hubiese desembolsado. La ley *Furia de sponsu,* concedíala igualmente

(1) *Sic*, Zimmern, *ob. cit.*, p. 114; Demangeat, t. II, p. 469.

contra el que hubiera exigido del *sponsor* mayor cantidad que una parte viril. (Gayo, C. IV, § 22.)

3º La *manus injectio pura*, era la que tenia lugar sin considerarse la cosa como juzgada (*id est non pro judicato*). Así, la ley Furia (año 571 de Roma) sobre testamentos, autorizaba esta *manus injectio* contra el que como legado ó donacion por causa de muerte, habia recibido más de 1.000 ases, sin estar comprendido en uno de los casos de excepcion, en los que permitia dicha ley recibir mayor cantidad. La ley *Marcia* (año 600 de la fundacion de Roma), la concedia contra los usureros al efecto de repetir los intereses indebidamente pagados. Esta *manus injectio*, permitia al demandado defenderse por sí mismo, sin obligacion de suministrar una caucion ó un *vindex* que sostuviese su derecho, como sucedia en la *manus injectio judicati*. (Cayo, C. IV, §§ 23-25.)

Mediante la *manus injectio* se conseguia, dentro de un breve plazo, (treinta dias), la *addictio* ó adjudicacion del deudor á su acreedor. No es que el *addictus* fuese propiamente esclavo; estaba *in servitute*, es decir, en una servidumbre de hecho. Transcurrido un nuevo plazo de sesenta dias, la *manus injectio* permitia al acreedor vender el *addictus trans Tiberim*, y áun, en los tiempos primitivos, darle muerte (1).

(1) Creemos, de acuerdo en este punto con la mayoría de los intérpretes, que la *manus injectio* no podia emplearse más que contra los que viniesen condenados pecuniariamente. Cuando, lejos de ser pecuniaria la condena, recaia sobre el mismo objeto, materia del derecho, no habia lugar á la *manus injectio*.—Sin embargo, han sostenido la opinion contraria Walter, *Geschichte des R. Rechts*, 2ª edic., t. II, § 715; Hollweg, *Civil process.*, t. I, p. 302; y Wetzel, *Vindicat. process.*, p. 67.—Segun Savigny, *Vermischte Schriften*, t. II, p. 396 y sig., la *manus injectio* no debió emplearse sino en caso de *mutuum* contraido *per nexum*.—La *manus injectio* es una aprehension material del cuerpo del deudor, que hace el acreedor, diciéndole: «*Quod tu mihi judicatus sive damnatus es*, (por ejemplo, *sextertium X millia*) *quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sextertium X millium judicati manus injicio.*» Es un verdadero secuestro á que no puede oponerse el deudor (*manum sibi depellere*); queda esclavo de hecho y considerado como tal así en las relaciones privadas como en las sociales, pero no lo es todavia de derecho, no ha sufrido aún la *capitis deminutio*; situacion que se prolonga sesenta dias, durante los cuales debe ser conducido tres dias distintos con intervalos de nueve dias ante el magistrado, al *comitium*, á fin de que sus parientes y amigos, conociendo la causa de su *addictio*, paguen por él si quieren libertarle. De otra suerte, pasados sesenta dias, sufre una *capitis deminutio* definitiva, que le despoja de todos sus derechos de hombre libre al paso que extingue el derecho del acreedor. (N. del T.)

DE LA PIGNORIS CAPIO.

Á diferencia de la *manus injectio* que no era otra cosa que un procedimiento de ejecucion sobre la persona del deudor, la *pignoris capio* tenia lugar únicamente sobre sus bienes. Consistia en un verdadero embargo de una cosa perteneciente al deudor, embargo que tenia lugar mediante ciertas solemnidades de accion y de palabra, fuera de la presencia del magistrado, áun en los dias nefastos. Sólo tenia aplicacion en ciertos casos excepcionales, concretamente fijados por la ley ó por la práctica. (Gayo, C. IV, §§ 26-29.)

En realidad, la *manus injectio* y la *pignoris capio* eran más bien medios de ejecuciòn que acciones propiamente dichas.

II. *Sistema formulario.*

Si cayeron en desuetud las acciones de la ley, fué indudablemente por las extremadas sutilezas á que se prestaban y por los peligros á que con ellas se hallaban expuestos los litigantes. (Gayo, C. IV, § 30.) Por otra parte, reservadas exclusivamente á los ciudadanos romanos, ya no respondian á las necesidades de una época en la cual se habian multiplicado, por notable manera, las relaciones y los negocios entre ciudadanos y peregrinos. No se crea, sin embargo, que se realizara en solo un dia la transicion de uno á otro sistema de procedimiento; por el contrario, fácil es observar las transformaciones lentas y graduales, las marcadas analogías, y á menudo la influencia del primer sistema sobre el segundo. (Gayo, C. IV, § 10.)

La desaparicion de las acciones de la ley se inició en forma legislativa, bien que de un modo parcial, por una ley *Æbutia*, de dudosa fecha, que cabe señalar hácia los postreros dias del siglo VI de Roma; desaparicion que vinieron á completar las dos leyes *Julia* que, segun alguna probabilidad, se promulgaron en el reinado de Augusto.

Importa observar que, con posterioridad á la derogacion oficial de las acciones de la ley, la accion *sacramenti* subsistió aún en la práctica en todos aquellos procesos de que conocia el

tribunal de los centurianos; y además, pudo tambien emplearse la forma de una *legis actio* en los casos de *damnum infectum* y de *cessio in jure*. (Gayo, C. IV, § 31.)

CARÁCTER ESENCIAL DEL SISTEMA FORMULARIO.

El elemento característico del procedimiento formulario lo hallamos en la redaccion de un escrito en el que el magistrado traza la línea de conducta que debe seguir el juez, establece los puntos dudosos que hayan de ser esclarecidos, y bajo el anticipado supuesto de haber ó no haber prueba, indica la sentencia que debe recaer ó la absolucion que sea forzoso pronunciar. De este escrito, llamado *fórmula* (*formula*), recibió el sistema el nombre con que se le designa.

Principales partes de que se compone la fórmula.— Cuatro partes eran las principales, á saber: la *demonstratio*, la *intentio*, la *condemnatio* y la *adjudicatio*. Una sola de ellas figuraba invariablemente en todas las fórmulas; tal era la *intentio*. Las restantes existian en ciertas acciones, pero no en todas.

1° La *demonstratio* era aquella parte de la fórmula en la que se hacia la exposicion de los hechos que habian motivado el litigio. En el caso de la venta, por ejemplo, se hallaba concebida en estos términos: *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit;* en el caso de un depósito: *Quod A. Agerius apud N. Negidium hominem deposuit.* (Gayo, C. IV, § 40). La *demonstratio* se confundia con la *intentio* en ciertas acciones, como en las *in factum* (1).

2° La *intentio* era aquella parte de la fórmula en que se contenia la pretension del demandante. Ejemplo: *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia dare oportere.* Esta *intentio* se llamaba *certa*, porque determinaba de antemano la cantidad que debia darse ó negarse. *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere.* Esta *intentio* se llamaba *incerta*, porque con ella quedaba el juez en libertad de apre-

(1) Respecto á los detalles sobre la distincion entre acciones *in jus* y acciones *in factum*, véase, *infra*, p. 641.

ciar por sí mismo la cantidad en que debia consistir la condena. En materia de reivindicacion la *intentio* estaba concebida en estos términos: *Si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse*. No podia haber fórmula ninguna que no contuviese *intentio*. (Gayo, C. IV, § 41.)

3° Era la *condemnatio* aquella parte de la fórmula en que se investia al juez con la facultad de condenar ó de absolver. Ejemplos: *Judex, N. Negidium A. Agerium sestertium decem millia condemnato; si non paret, absolve. Judex, N. Negidium A. Agerio duntaxat decem millia condemna; si non paret, absolvito. Judex, N. Negidium decem millia condemnato*, sin añadir las palabras: *si non paret, absolvito*. (Gayo, C. IV, § 43). No contenia *condemnatio* la fórmula en las acciones llamadas *prejudiciales*, que tenian por objeto hacer constar un hecho ántes de intentar una accion (1).

4° La *adjudicatio* era la parte de la fórmula en que el magistrado concedia al juez la facultad de adjudicar, esto es, de atribuir á una de las partes un derecho de propiedad perteneciente á la otra. Tan sólo encontramos la *adjudicatio* en tres acciones de naturaleza especial, cuales son: las *familiæ erciscundæ* (en particion de herencia), *communi dividundo* (en particion de una cosa comun), y *finium regundorum* (para la fijacion de lindes). Se hallaba redactada en estos términos: *Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato*. (Gayo, C. IV, § 42.)

PARTES ACCESORIAS DE LA FÓRMULA.

Además de las partes principales que acabamos de indicar podia contener la fórmula otras accesorias que se llamaban *adjectiones*, entre las cuales contábanse las *præscriptiones*, las *exceptiones* (2), las *réplicas* y las *dúplicas* (3).

---

(1) Véase más adelante, p. 637.
(2) Véase *infra*, tit. XIII.
(3) Véase *infra*, tit. XIV.

DE LA LITIS CONTESTATIO.

En la época de los *judicia ordinaria* existia la *litis contestatio* en el momento en que el magistrado daba la fórmula remitiendo á las partes ante un Juez. Era el último trámite del procedimiento ante el Magistrado (*in jure*). Esta frase *litis contestatio* debe su orígen á que primitivamente el Magistrado no escribia, segun toda probabilidad, la fórmula, y por lo tanto las partes se veian precisadas á tomar por testigos á las personas presentes: *Testes estote.*

No dejan de ser importantes los efectos de la *litis contestatio;* hé aquí los principales: 1° extinguia, ora *ipso jure* ora *exceptionis ope* el derecho de accion que tuviese el demandante, dejándole solo un derecho eventual á la condena contra su adversario (*obligatio condemnari oportere*) (1); 2° en principio, los derechos de las partes se determinaban en atencion á la época de la *litis contestatio*, y á esta época se retrotraian los efectos de la sentencia, como si ella se hubiese pronunciado en el momento mismo en que el pretor remitia á las partes ante la presencia del Juez; 3° la *litis contestatio* interrumpia la prescripcion, convirtiendo en perpétuas las acciones prescriptibles por corto tiempo; 4° aun las acciones intransmisibles por su especial naturaleza, se transmitian despues de la *litis contestatio* á los herederos del demandante contra los herederos del demandado (2).

---

(1) La *litis contestatio*, como la novacion, es uno de los modos de extincion de las obligaciones; por esto los intérpretes hánlo calificado de *novatio necessaria*. Profundas diferencias, sin embargo, separan los efectos de la *litis contestatio* de los que produce la novacion. Hé aquí las diferencias más notables:—1° La *litis contestatio* no hace perder el privilegio: la novacion, sí;—2° La *litis contestatio* deja subsistentes las prendas é hipotecas del crédito primitivo; la novacion las extingue, salvo el caso en que se hayan especialmente reservado;—3° La *litis contestatio* no hace desaparecer la pena estipulada para el caso de incumplimiento; por la novacion desaparece;—4° La *litis contestatio* permite que se vayan devengando los intereses convencionales; por la novacion dejan de correr estos intereses;—5° La *litis contestatio* no purga la mora y sí la novacion;—6° La *litis contestatio* establecida con el deudor principal no exime al fideyusor, ni la establecida con un *correus promittendi* exime á los restantes *correi*; lo cual no sucede en la novacion.—Véase además sobre los efectos de la novacion, *supra*, lib. III, tít. XXIX, p. 551.

(2) Para más pormenores acerca de la *litis contestatio* y sus efectos puede verse

Consecuencias del error cometido en la fórmula.—Por tres modos distintos podia incurrirse en error, segun se pidiese: más de lo que habia derecho á pedir (*plus-petitio*); ó ménos (*minus-petitio*); ó una cosa por otra (*aliud pro alio*). (Instit., §§ 33-36, lib. IV, tít. VI.)

Plus petitio.—Consecuencia forzosa era de los principios porque se regulaba el procedimiento formulario que, pidiendo el demandante en la *intentio* un valor superior al que se le debia, era procedente la absolucion del demandado. El demandante, pues, perdia el pleito (*plus petendo causa cadebat*); habia extinguido su derecho y no podia entablar ulteriores reclamaciones: *ne bis in eadem re actio sit*. Hé aquí lo que se ha llamado *plus-peticion* (Instit., § 33, *eod.*); la cual solo podia derivar de un error cometido en la *intentio*, pues otras habrian sido las consecuencias de cualquiera exageracion consignada en la *demostratio* ú en la *condemnatio*. (Gayo, C. IV, §§ 57 á 60.)

Conviene advertir, sin embargo, que áun dentro de la *intentio*, sólo cabia *plus petitio* cuando se trataba de acciones que tuviesen una *intentio certa*, esto es, determinada; por donde se vé que no cabia la *plus-peticion* con todas sus rigorosas consecuencias cuando se trataba de acciones de buena fé, pues la *intentio* era en ellas indeterminada. Otro tanto sucedia respecto á las acciones de derecho estricto cuya *intentio* fuese *incerta*. (Gayo, C. IV, § 54.)

¿De cuántas maneras podia incurrirse en plus peticion?—Segun la Instituta (§ 33) podia incurrirse en plus peticion: *re;—tempore;—loco;—causa.*

1º *Re.*—Como sucede, por ejemplo, cuando se me deben cincuenta y yo reclamo ciento, y tambien cuando soy propietario solamente de una parte del fundo Corneliano y reivindico la propiedad entera.

2º *Tempore.*—Por ejemplo, si teniendo un crédito á término ó bajo condicion, lo reclamo de mi deudor ántes de llegar aquel (*ante diem*) ó de cumplirse este (*pendente adhuc conditione*). Y es que así como el pagar tardíamente es pagar ménos

---

Keller, *ob. cit.* (trad. de Ch. Capmas) § 59, p. 262 y sig.; **Van Wetter, t. II, § 402,** p. 519 y sig.; Goudsmit, *ob. cit.*, (trad. de M. Wuylsteke,) § 103, p. 296 y sig.

de lo debido, el pedir ántes de razon es pedir más de lo que se acredita (*qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur*).

3º *Loco*.—Habrá *plus peticion* bajo este concepto cuando yo, acreditando una cantidad pagadera en un lugar determinado, Éfeso, por ejemplo, entablo demanda contra mi deudor en un lugar distinto del convenido para el pago, como seria Roma. Puede ser muy bien que resulte más oneroso para el deudor pagar en Roma que en Éfeso.

4º *Causa*.—Soy acreedor de una cosa, con derecho á escoger entre varias determinadas, pero la eleccion compete al deudor; en este caso, cuando yo exijo una de las cosas comprendidas en la alternativa, privo al deudor la facultad de elegir, agravando por consiguiente las condiciones de su situacion. Así, por ejemplo, estipulo de Seyo el esclavo Estico ó 10 sueldos de oro, á eleccion del mismo Seyo; habrá, por mi parte, plus peticion, reclamándole solamente una de ambas cosas, ya sea el esclavo, ya los diez sueldos de oro, aunque la cosa reclamada fuese la de ménos valor.

Innovaciones en punto á la plus peticion.—Varios medios intentaron los pretores para eludir la rigorosa caducidad que resultaba de la plus peticion. A este propósito empleaban principalmente la *restitutio in integrum*, que concedian á menudo á los menores de veinticinco años, y rara vez á los mayores, y esto solo en casos de error grave, y de tal índole que hubiesen podido incurrir en él áun los más avisados. Pero en la época del Bajo imperio desapareció por completo la caducidad proveniente de la plus peticion, bien que no por esto el demandante pudiese, dentro de la legislacion justinianea, reclamar en justicia más de lo debido. Una constitucion del emperador Zenon (L. 1, C., *De plus petit*.. lib. III, tít. X) resolvió, tocante á la plus peticion *tempore*, que accionando el acreedor ántes del término establecido, no pudiese perseguir de nuevo al deudor hasta que trascurriese doble tiempo del que aún faltase desde el dia de la demanda hasta el del vencimiento de la deuda, con la particularidad de que durante esta próroga no podian devengarse los intereses.

En cuanto á las demás formas de plus peticion, estableció Justiniano que el demandado á quien se hubiese pedido una cuantía exagerada en la demanda, y que por lo tanto se hubiese perjudicado satisfaciéndola (como sucederia, por ejemplo, pagando un salario excesivo al ujier (*viator*), pudiese hacer condenar al demandante á restituirle triplicada la cantidad que hubiese pagado de más. (Instit., § 33, *eod.*)

Minus petitio.—El demandante ha reclamado en la *intentio* de la fórmula ménos de lo que se le debia, por ejemplo, cinco en lugar de diez ó la mitad de un fundo que le pertenecia por entero. En este caso, no habiendo usado de su derecho sino hasta el límite de lo pedido, conservará la facultad de intentar nueva accion por el resto, bien que no le será lícito hacerlo durante la misma pretura, sino que deberá esperar que se nombre nuevo magistrado. De otra suerte, podrá ser rechazada su demanda por medio de una excepcion que se llamaba *litis dividuæ*, y se expone á perder su accion. (Gayo, C. IV, § 56.)

Desde la época de Zenon, sin embargo, pudo el demandante obtener el remanente dentro de la misma instancia y sin necesidad de intentar una nueva accion. (Instit., § 34, *eod.*)

Aliud pro alio.—El demandante ha reclamado una cosa distinta de la que se le debia: por ejemplo, el esclavo Estico en vez del esclavo Erotas. En tal caso, podia, sin temor á la excepcion de cosa juzgada, intentar *hic et nunc* una nueva accion. (Instit., § 35, *eod.*)

III. *Procedimiento extraordinario.*

Bajo el imperio del sistema formulario solia suceder á veces en determinados negocios que el magistrado no remitia á las partes ante un juez, sino que fallaba por sí mismo el litigio. Como estos casos eran excepcionales (*extraordinarios*), decíase que el magistrado estatuia *extra ordinem*, y se designaban estos negocios con la denominacion de *cognitiones extraordinariæ;* las cuales tenian lugar en las restituciones por entero á causa de lesion ó de error, en la entrega de posesion, en los pleitos sobre fideicomisos, etc.

No se realizó brusca y repentinamente la transicion de uno

á otro sistema, sino á merced de progresivas invasiones que coincidieron con el desarrollo del régimen imperial.

Del año 294 de Jesucristo data una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano (L. 2, C., *De pedan. jud.*, lib. III, tít. III), promulgada con objeto de consagrar, en forma legislativa, las mudanzas que en el procedimiento judicial se habian realizado. Mandóse á los gobernadores de las provincias que por sí mismos entendiesen de los negocios que á su autoridad se sometieran, á ménos que las tareas de su cargo se lo impidiesen (*ita tamén ut, si vel propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere.*)

La reforma de Diocleciano que al principio sólo se referia á las provincias, no tardó mucho en generalizarse; y vióse en Italia, en la misma Roma, á los magistrados de todos los grados de jurisdiccion, decidir los litigios sin remitirlos jamás á los jueces. Lentamente fueron desapareciendo las fórmulas y convirtiéndose todos los juicios en extraordinarios (*extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia*). (Instit., § 8, libro IV, tít. XV.) Subsistió, sin embargo, en este nuevo procedimiento la *litis contestatio*, bien que con alguna transformacion. Es de suponer que la *litis contestatio* quedaba establecida en el momento en que las partes exponian al magistrado sus respectivas pretensiones y medios de defensa. (L. 1, C., *De litis contestat.*, lib. III, tít, IX) (1).

DE LA DIVISION DE LAS ACCIONES.

Las acciones pueden ser objeto de divisiones y clasificaciones distintas, segun sea el punto de vista bajo el cual se las considere. Veamos cuáles eran las principales divisiones en la época del procedimiento extraordinario.

PRIMERA DIVISION.

Acciones reales (*in rem*) y acciones personales (*in personam*). Tal es la principal division de las acciones (*summa divi-*

---

(1) Concuerda con esta opinion de Keller, ob. cit., § 81, p. 378 y 379.

sio). Fundada en la naturaleza misma de los derechos de que derivan, en ella están contenidas todas las demás (*quasdam species actionum inter genera se retulisse.* Gayo, C. IV, § 1; Instit., § 1, lib. IV, tít. VI), por lo ménos todas las acciones *in jus*, esto es, aquellas en las que se trata una cuestion de derecho; no se comprenden asimismo en esta division las acciones *in factum* (1). Division esencial y fundamental, que hallamos reconocida en todos los sistemas procesales de los romanos, así en el de las *acciones de la ley* y en el *formulario* como en el procedimiento *extraordinario*.

¿Qué es accion real (in rem)?—Es aquella mediante la cual sostenemos que una cosa corpórea nos pertenece; que somos, por ejemplo, propietarios del fundo Corneliano, ó que nos compete un derecho absoluto, como es el de uso, el de usufructo, el de paso, el de conduccion, el de acueducto, etc. (Gayo, C. IV, § 3; Instit., § 2, *eod.*) Esta accion supone la existencia de una persona, sujeto del derecho, y de una cosa objeto de este mismo derecho; no hay persona alguna que se halle obligada para con nosotros. En otros términos, la accion es real, cuando por ella reclamamos un derecho absoluto, independientemente de todo hecho por el cual pudiésemos pretender que nuestro adversario nos estaba obligado. (Instit., § 1, *eod.*)

¿Qué es accion personal (in personam)?—Es aquella por la cual pretendemos que alguno está obligado con nosotros, ora sea en virtud de contrato, ora en virtud de un delito, es decir, cuando pretendemos que alguno ha de dar, hacer ó prestar (*dare, facere, prestare oportere*). (Gayo, C. IV, § 2). La accion *in personam*, es por consiguiente, un derecho de crédito reclamado ante los tribunales. (Instit., *ibid.*)

Sentido exacto de las palabras «in rem» é «in personam.»—*In rem* significa una disposicion general (*generaliter*) sin referencia á una determinada persona. En este concepto, cuando el demandante pretende ser propietario, formula una pretension *in rem;* no necesita designar persona; llámase propietario de un modo general, con relacion á todos y con ex-

---

(1) Para otros detalles acerca de las acciones *in jus* é *in factum*, véase más adelante, p. 641.

clusion de todos los demás hombres. La frase *in personam*, se refiere á tal ó cual persona determinada, de modo que no podemos decir en términos absolutos: «se nos debe tal cantidad,» sin expresar quién nos la debe. Dentro del sistema formulario, la *intentio* facilitaba un medio material para distinguir qué acciones eran *in rem*, y cuáles *in personam*. La *intentio* de la accion *in rem* no contenia el nombre del demandado; por ejemplo, en la accion reivindicativa se dice: «*Si paret fundum Capenatem jure Quiritium Titii esse.*» Por el contrario, debia continuarse necesariamente el nombre del demandado en la *intentio* de la accion *in personam*; por ejemplo: «*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem millia sestertium dare oportere.*»

Conviene observar que si el nombre del demandado no figuraba en la *intentio* de la fórmula *in rem*, se le nombraba, sin embargo, en las demás partes, principalmente en la *condemnatio*, la cual, refiriéndose por necesidad al pago de una cantidad pecuniaria, debia entenderse directamente con el demandado. (Gayo, C. IV, §§ 34, 41, 87.)

Las acciones reales suélense tambien designar con el nombre genérico de reivindicaciones (*vindicactiones*) ó peticiones (*petitiones*), al paso que las acciones personales se denominan condiciones (*conditiones*.)

Pero bajo esta denominacion no se comprenden todas, puesto que sólo es aplicable á aquellas cuya *intentio* se refiere á obligaciones de dar ó de hacer (*dari fierive oportere*); pero no á los que consistan en otra cualquiera prestacion (*præstare*). (Gayo, C. IV, § 5; Instit., § 15, lib. IV, tít. VI.)

DE LAS ACCIONES CIVILES «IN REM.»

Podemos citar entre las acciones civiles *in rem*: la *rei vindicatio* ó reivindicacion de un objeto córporeo determinado; la peticion de herencia; la accion confesoria; la accion negatoria; la *causa liberalis*. De la última de estas acciones nos ocuparemos en el capítulo consagrado á las prejudiciales.

De la reivindicacion.—La accion reivindicatoria (*reivindicatio*), es la accion *in rem* por excelencia; llámase *actio in rem*

specialis, en oposicion á la de peticion de herencia, que se ha llamado *actio in rem generalis*.

La accion reivindicativa se concede á cualquiera que se diga propietario de una cosa *ex jure Quiritium* (Gayo, C. IV, § 41). Es preciso que sea propietario en el mismo instante de la *litis contestatio*. (L. 18, D., *De rei vind.*, lib. VI, tít. I.)

¿Contra quién se dá esta accion?—Contra el que posee. Pero ¿de qué posesion se trata, de la *animo domini*, ó de la simple detentacion (*in possessione*)? Cabe presumir que, al principio, la accion reivindicativa solo pudiera intentarse contra el que poseia *animo domini*; pero la jurisprudencia cambió en este punto, y así nos enseña Ulpiano (L. 9, D., *eod.*), que la accion reivindicativa puede dirigirse contra cualquiera detentador de la cosa (*ab omnibus qui tenent... peti posse*). Mas cuando se haya entablado accion reivindicativa contra el detentador que posee por un tercero, deberá aquel, en cumplimiento de una constitucion de Constantino (L. 2, C., *Ubi in rem actio exerc. deb.*, lib. III, tít. XIX), designar (*nominare*) la persona por quien se halla poseyendo. El magistrado entonces mandará requerir al poseedor *animo domini*, para que intervenga en el proceso, y caso de que así lo haga, la reivindicacion seguirá su curso contra él; de otra manera, se le declara, por decirlo así, en rebeldía y seguirá el proceso contra el que posee por un tercero, quedándole á aquel á salvo la accion reivindicativa si más adelante pretende reclamar la propiedad.

Casos excepcionales hay, sin embargo, en los cuales puede intentarse la reivindicacion contra uno que no posee; tal es, por ejemplo, el caso en que habiendo comenzado alguno á poseer una cosa, se desprende luego dolosamente de la posesion (*dolo desiit rem possidere*); lo cual no será obstáculo para que pueda ser demandado como si hubiese continuado en posesion (*dolus pro possessione est.*) (L. 27, § 3, D., *De rei vind.*, lib. VI, tít. I.)

De la peticion de herencia.—La accion en peticion de herencia (*hereditatis petitio*), es aquella por la cual se reivindica un cuerpo hereditario.

¿A quién se concede la peticion de herencia?—Al

que se pretenda heredero, ya sea *testamentario*, ya sea *ab intestato*. Al *bonorum possessor* se le concede una *petitio hereditatis possessoria* (1).

¿Contra quién se da esta accion?—Por lo regular sólo se da contra dos clases de poseedores, á saber: 1°, contra los que poseen *pro herede*; 2°, contra los que poseen *pro possessore*. (L. 9, D., *De hered petit.*, lib. V, tít. III.)

Pro herede possidere es poseer la herencia ú otra cosa dependiente de ella á título de heredero ó de *bonorum possessor*. (L. 11, *pr.*, D., *eod.*)

Pro possessore possidere es poseer sin título. El que de tal manera posee, si es interrogado sobre la causa de su posesion, sólo puede contestar: Poseo porque poseo (*possideo quia possideo*). (L. 11, § 1; L. 12, D., *eod.*)

La peticion de herencia no se intentará, pues, válidamente contra un tercero si la cosa hereditaria se halla en sus manos porque la posea en virtud de un título particular de adquisicion, como por ejemplo, de una donacion (*pro donato*) ó de una venta (*pro empto*). El heredero deberá acudir á la accion reivindicativa.

En este punto, lo mismo que en materia de reivindicacion, aplícase la regla *dolus pro possessione est*, y por consiguiente aquel demandante que hubiese dejado de poseer por culpa ó dolo queda sujeto á la eventualidad de una peticion de herencia.

De la accion confesoria.—Cuando la accion real se interpone con el objeto de reclamar otro derecho que no sea el de propiedad, como es el de usufructo y la servidumbre rústica; v. gr.: la de pasar por el prédio vecino ó la de traer aguas del mismo, la accion toma el nombre de *actio confessoria ó afirmativa*. (Instit., § 2, lib. IV, tít. VI) (2).

---

(1) Existe un texto (L. 54, *pr.*, D., *De possess. hered. petit.*, lib. V, tít. V), que concede igualmente la peticion de herencia al que ha comprado alguna al fisco. En opinion de Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 490, p. 463, nota 23), este favor debe hacerse extensivo á cualquiera comprador de una herencia; cuestion que ha dado lugar á controversia.

(2) Importa distinguir con claridad el diverso fundamento de la accion *in rem* segun se refiera á la propiedad plena (*rei corporalis vindicatio*) ó á un derecho de servidumbre, que no es sino una desmembracion, mejor dicho, una limitacion de la

¿A quién compete la accion confesoria?—Compete á quien tiene un derecho de servidumbre, sin distinguir si es ó no *possessor juris* (1). El acreedor pignoraticio y el enfiteuta pueden hacer uso de la confesoria *útil*. (L. 16, D., *De servit.*, lib. VIII, tít. I.)

¿Contra quién se dirige?—Contra cualquiera que pone obstáculo al ejercicio de un derecho de servidumbre, ya sea el propietario de la cosa sirviente ó un tercero que de uno ú otro modo impida el libre goce de aquel derecho. (L. 10, § 1, D., *De servit. vind.*, lib. VIII, tít. V.)

No es necesario que este impedimento se oponga mediante actos materiales; basta una simple contestacion verbal para justificar el empleo de la accion confesoria (2).

Efectos de la accion confesoria.—Merced á la accion confesoria cesan las incertidumbres para el porvenir, se obtiene del litigante contrario la reparacion del perjuicio hasta entónces sufrido y se logra el reconocimiento del derecho de servidumbre.

De la accion negatoria.—La accion *negatoria* ó negativa es aquella mediante la cual sostenemos que no se debe prestar una servidumbre que de hecho existe, como, por ejemplo, que tal persona no tiene el derecho de paso ó de usufructo que se halla ejerciendo sobre nuestro fundo. (Instit., § 2, *eod.*) Esta accion sólo es negativa en apariencia; en el fondo es realmente afirmativa, como todas las demás acciones, y consiste la afirmacion en sostener que el fundo que nos pertenece no está

---

propiedad. En el primer caso, la propiedad, como derecho absoluto, reside en mí no he de referir á ella mi accion; me basta, pues, conservarme, si fuere necesario, en mi posesion, por medio de los interdictos; mas en el segundo caso los varios fragmentos ó desmembraciones del derecho de propiedad pueden estar separados y corresponder á diferentes personas. En este concepto pueden presentarse dos situaciones: ó bien pretendo tener un derecho de esta naturaleza sobre una cosa poseida por otro (por ejemplo, *Si paret jus utendi fruendi mihi esse*); ó bien siendo yo el poseedor y propietario y ejerciendo uno sobre la cosa un derecho de servidumbre, quiero hacerle cesar en su disfrute por no considerarlo legítimo; entonces la fórmula seria: «*Si paret jus utendi fruendi fundo mes* (ó *jus eundi*, *aquæ arcendæ*, ó el derecho que sea (*adversario non esse*). Estos dos aspectos de la accion *in rem* por derecho de servidumbre dan lugar respectivamente á la accion confesoria y á la negatoria. (N. del T.)

(1) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 499 y sig.

(2) Véanse, Maynz, t. I, § 222, p. 714, texto y nota 8; Van Wetter, t. I, § 151, p. 522, texto y nota 6.

sujeto á servidumbre ninguna respecto de cualquiera otra persona (1).

No cabria jamás la accion negativa cuando se tratase de la plena propiedad de un fundo; no produciria ningun resultado, porque en realidad probar que un tercero no es propietario de una cosa, no es probar que uno mismo lo sea.

¿Quién puede intentar la accion negatoria?—Esta accion sólo compete al propietario, y áun cuando se halle en la cuasi-posesion del derecho reclamado; en cuyo concepto difiere de la accion reivindicatoria de una cosa corpórea que no se concede á aquellos que se hallan poseyendo. (L. 2, *pr.*, D., *eod.*; L. 5, *pr.*, D., *Si usufr. pet.*, lib. VII, tít. VI.)

¿Cómo se verifica la prueba en la accion negatoria?—Es un principio general que la prueba en un litigio incumbe al demandante: *Onus probandi incumbit actori.* Ahora bien; este principio, ¿debe aplicarse cuando se trata de una accion negatoria? En este punto la opinion se ha determinado en dos sentidos.

Dícese por unos que en el ejercicio de la accion negatoria el demandante sólo una cosa debe probar, á saber, su condicion de propietario. Que probada esta circunstancia es para él excusado probar que el demandado no tiene derecho de servidumbre, puesto que en términos regulares y normales la propiedad debe presumirse libre. Que por otra parte, se añade, imponer al demandante la obligacion de probar que su fundo se halla exento de toda suerte de servidumbres, seria exigirle una prueba irrealizable y hacer ilusoria la accion negativa. Que, finalmente, no debiéndose presumir nunca la servidumbre, al demandado incumbe justificar el derecho que alega.

A pesar de las respetables autoridades científicas que por este sistema se deciden (2) no juzgamos que pueda ser admi-

(1) Esto mismo hace notar Teófilo en su paráfrasis. La fórmula negatoria equivale á una verdadera afirmacion de derecho, que puede traducirse así: «Sostengo que el fundo X me pertenece en plena y completa propiedad y que el fragmento de este derecho que se atribuye N me pertenece tambien.» (N. del T.)

(2) Véase principalmente Boujeau, § 280; Etienne, t. II, p. 416; Domenget, p. 472 y sig.; Molitor, *Possess. et serv. en dr. rom.*, nº 137 y 138; Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 353, observ. 2; Keller, *Pand.*, § 155, p. 290; Maynz, t. I, § 223 p. 717, y t. III, § 418 p. 115, texto y nota 44; Namur, 2ª edic., t. I, § 163, p. 221 y 222; Van Wetter, t. I, § 123, p. 436, texto y nota 9.

tido, mucho ménos cuando el demandado tenga en favor suyo la cuasi posesion del derecho de servidumbre, contra el cual va dirigida la accion negatoria, pues en semejante caso la presuncion se inclina más bien al estado de servidumbre del fundo que al estado de libertad.

Los partidarios del segundo sistema imponen al demandante la obligacion de probar los dos extremos de su demanda: 1°, que es propietario; 2°, que su propiedad está libre de toda servidumbre. No admiten, pues, ninguna excepcion á la regla: *Onus probandi incumbit actori*. Mas como no cabria exigir del demandante la justificacion de que su fundo está libre de cuantas servidumbres pueden pesar sobre una heredad, lo cual seria una prueba poco ménos que imposible, se le permite que, mediante una *interrogatio in jure*, obligue al demandado á declarar cuál es la servidumbre que pretende tener á su favor y en qué título funda su pretension. De esta manera el demandante sólo tendrá que hacer prueba contra la existencia de una servidumbre concretamente determinada.

Este sistema que tenemos por mejor fundado, es el admitido y enseñado generalmente en la Facultad de París (1).

Efectos de la accion negativa. — Son de todo punto análogos á los de la accion confesoria (2).

DE LAS ACCIONES CIVILES IN PERSONAM.

Los redactores de la Instituta no creyeron que fuese preciso enumerar en este punto todas las acciones *in personam*, creadas por el derecho civil. Bástenos decir que dentro de esta categoría se comprenden casi todas las acciones nacidas de los contratos, de los delitos y *quasi ex contractu*.

SEGUNDA DIVISION.

ACCIONES CIVILES Y ACCIONES HONORARIAS Ó POSESORIAS.

Son acciones civiles aquellas que derivan del *jus civile*. Caben, pues, dentro de esta acepcion todas las acciones introdu-

---

(1) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 505 y sig:; Labbé, en sus lecciones.
(2) Véase *supra*, p. 619.

cidas por las leyes, los plebiscitos, los senado-consultos, las constituciones imperiales, la interpretacion de los juriconsultos y el uso. (Instit., § 3, lib. IV, tít. VI.)

Llámanse acciones *honorarias* (*honorariæ*), las que deben su orígen á los edictos de los magistrados. Casi todas ellas fueron establecidas por los pretores (*actiones prætoriæ*), y tambien algunas por los ediles (*actiones ædilitiæ*) (Instit., *ibid*). Ya se observa que esta division de las acciones tiene su fundamento en la distinta autoridad de la cual emanan y que no deriva en modo alguno de diferencia esencial proveniente de su intrínseca naturaleza.

Examinadas las acciones civiles, podemos pasar al estudio de las principales acciones pretorias.

DE LAS ACCIONES HONORARIAS Ó PRETORIAS.

Los pretores crearon acciones reales y acciones personales.

ACCIONES PRETORIA IN REM.

Las principales acciones *in rem* que deben su orígen al derecho pretorio son: la accion *publiciana*; la *rescisoria de la usucapion*, que alguna vez se llama *contraria á la publiciana;* la *accion pauliana*, y la *serviana* y *cuasi serviana* ó *hipotecaria.*

DE LA ACCION PUBLICIANA.

La accion publiciana, que se ha llamado así por haberla introducido el pretor Publicio, contemporáneo de Ciceron, supone realizado un hecho sin haberlo sido, y concede al poseedor que perdió la posesion antes de usucapir, el derecho de reivindicar la cosa como si la usucapion se hubiese cumplido antes de perder la posesion. (Instit., § 3, *eod.*)

Fórmula de la accion publiciana.—Segun Gayo (C. IV, § 36), la fórmula de la accion publiciana se hallaba concebida en estos términos: «*Judex esto; si quem hominem Aulus Age-*

rius emit, et traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, condemna.»

Casos en los cuales se aplica la accion publiciana. —1° Cuando el propietario de una cosa *mancipi* la habia entregado con el propósito de transferir la propiedad, pero sin llenar las formas de la mancipacion, ni las de la cesion *in jure*, aquel que de tal manera hubiese recibido la cosa, no se hacia propietario de ella segun el derecho civil (*dominus ex jure Quiritium*), sino que tan sólo adquiria el dominium *bonitario* (*in bonis*). Podia llegar á ser propietario *ex jure Quiritium* despues de una posesion continuada por todo el tiempo requerido para la usucapion, la cual es uno de los modos de adquirir reconocidos por el derecho civil. Sucedia, pues, que si el poseedor hallado en vía de adquirir la cosa por usucapion dejaba de poseer antes que esta se cumpliere, no podia interponer accion civil reivindicativa. La accion publiciana creada por el pretor, vino á llenar esta deficiencia. Dábase tambien esta accion contra el ex-propietario que hubiese vuelto á tomar posesion de la cosa; y suponiendo que tratase de sacar partido de la falta de mancipacion é hiciese insertar en la fórmula la excepcion *justi domini*, áun así podia triunfar el demandante oponiendo el *dolo* en la réplica, pues en realidad, era un acto de mala fé por parte del antiguo propietario el querer conservar la cosa en perjuicio de su adquisidor.

La réplica de dolo sólo podia invocarse contra el ex-propietario ó contra su heredero. Respecto de otro cualquiera que tratase de prevalerse de una adquisicion que hubiera hecho de manos del ex-propietario posteriormente á la del demandante, podia este oponer la réplica *rei donatæ ó venditæ et traditæ*. (Gayo, C. IV, § 93.)

2° Cuando uno habia recibido con justo título y buena fé, pero *a non domino* una cosa, *mancipi ó nec mancipi*, se hallaba *in causa usucapiendi* y luego de haber poseido durante el tiempo de la usucapion, podrá obtener la propiedad quiritaria. Mas perdiendo la posesion antes de usucapir, no podia ejercitarse la accion civil reivindicativa, y por esto el pretor creyó justo conceder al ex-poseedor la accion publiciana que le

permitia reivindicar la cosa de poder de los terceros que se hubieren apoderado de ella sin derecho. (Instit., § 4, *eod.*)

Bien es verdad que en este caso la accion publiciana no producia contra cualquiera persona efecto idéntico al del caso precedente. Si la cosa habia pasado nuevamente á poder del verdadero propietario, este podia oponer á la accion publiciana la excepcion *justi dominii*, y evitar, de esta suerte, una condena. Ya se comprende cuán opuesto á la equidad, y por lo mismo al objeto de la accion publiciana, hubiera sido el despojar al *justus dominus* en beneficio de un ex-poseedor. (LL. 16 y 17, D., *De public. in rem act.*, lib. VI, tít. II.)

Cuando el demandado era un poseedor que hubiese recibido la cosa con justo título y buena fé, con el objeto de adquirir el dominio, los jurisconsultos romanos hacian la siguiente distincion: Si el demandado recibió la cosa de manos del verdadero propietario ó de un tercero que no fuese el que hizo la primera tradicion, podia decirle al ex-poseedor: «Yo estoy, como tú, en camino de usucapir, y uno y otro podríamos ejercitar la accion publiciana si perdiésemos la posesion de la cosa: estamos, pues, en una situacion legal completamente idéntica, pero además, yo te llevo la ventaja de la posesion actual, é *in pari causa, melior est causa possidentis* (1). En este supuesto, habria de ser justamente rechazada la demanda. Por el contrario, suponiendo que el demandado hubiere recibido la cosa de las mismas manos que el demandante, y toda vez que el demandado, áun siendo propietario, tendria que ser vencido, con mayoría de razon lo seria el que solo estuviese *in causa usucapiendi*. La accion publiciana, pues, asegura al ex-poseedor la ventaja sobre el poseedor actual. (L. 9, § 4, D., *eod.*)

3º El que hubiese poseido en las provincias por un término bastante á fundar la excepcion *longi temporis*, podia, en el caso de haber perdido la posesion, recurrir á la accion publiciana, negándosele como se le negaba la reivindicativa, ya que la prescripcion no era un modo de adquirir segun el derecho ci-

(1) Los jurisconsultos romanos no se hallaban de acuerdo en este punto. Véase principalmente, L. 31, § 2, D., *De act. empt.*, lib. XIX, tít. I.

vil. En cuanto al que hubiese recibido un fundo provincial *a non domino* y perdido la posesion ántes de haber completado el término necesario para prescribir, concedíasele *utilitatis causa* la accion publiciana, merced á la cual podia recobrar la cosa de cualquiera que no fuese el verdadero propietario. (L. 12, § 6, D., *De public. in rem act.*, lib. VI, tít. II.)

4° Además la accion publiciana venia á desempeñar en el derecho pretorio el oficio que la accion confesoria en derecho civil. Supongamos que se haya constituido una servidumbre personal rústica por uno de los modos de derecho pretorio; cuando quiera que un tercero haga oposicion á esta servidumbre, se usará de la accion *in rem* publiciana para hacérsela reconocer. De la propia manera cuando la servidumbre se hubiese adquirido *á non domino* y el adquisidor se viese perturbado en el ejercicio de su derecho por un tercero, podrá emplear contra este la accion publiciana con el objeto de hacerle reconocer su derecho. (L. 11, § 1, D., *eod.*)

Desaparecida en la época de Justiniano la diferencia entre el dominio *quiritario* y el dominio *bonitario*, entre los fundos *itálicos* y los fundos *provinciales* y entre las servidumbres creadas *jure civili* y las servidumbres *jure prætorio*, dejaron por consecuencia de ofrecerse todos los casos en que, segun hemos dicho, se aplicaba la accion publiciana, excepcion hecha del caso segundo, es decir, de aquel en que se hubiese recibido una cosa *a non domino* en virtud de justo título y con buena fé. (L. 1, D., *eod.*)

Por otra parte, en la época de Justiniano, como en la de Gayo, el propio *dominus*, á pesar de tener expedita la vía de la reivindicacion, puede acudir, si así le place, á la accion publiciana. Consiste la ventaja en que dentro de esta accion la prueba se verifica más fácilmente que en la accion reivindicativa. Para que el *dominus* triunfe de su adversario en esta última, debe probar que tiene el *dominium ex jure Quiritium*, prueba las más veces de realizacion difícil, pues para ella es preciso demostrar que la cosa se trasmitió siempre *a domino*, de propietario á propietario, remontándose así hasta el primitivo dueño. No sucede así en la accion publiciana; el demandante debe probar únicamente que ha recibido y poseido la

cosa *ex justa causa*, en virtud de justo título. En cuanto á la buena fé se presume siempre.

Observacion.—La accion publiciana supone una cosa susceptible de usucapion ó de prescripcion *longi temporis*; y no puede aplicarse á una *res furtiva*, ni á una *res vi possessa* ni á cosa declarada inalienable. (L. 9, § 5; L. 12, § 4, D., *eod.*)

Término de la accion publiciana.—Esta accion es perpétua y no se extingue por ningun lapso de tiempo (1).

De la accion rescisoria de la usucapion ó contraria á la publiciana.—En la accion publiciana se suponia cumplida una usucapion que en realidad no lo era; en la accion de que ahora tratamos, por una ficcion contraria se suponia no cumplida la usucapion que efectivamente se habia cumplido ya.

Dábase por consecuencia de una rescision que pronunciaba el pretor (*rescissa usucapione*) y se conocia entre los comentadores con el nombre de accion *rescisoria de la usucapion* ó *contraria á la publiciana*. Su objeto no era otro que facilitar al antiguo propietario un medio de reivindicar la cosa que, segun el rigorismo del derecho civil, habia perdido por usucapion.

Casos en que se aplicaba la accion rescisoria.—Eran dos estos casos:

1° Supongamos al antiguo propietario ausente por justo motivo, tal como un servicio público (*reipublicæ causa*) ó por-

(1) Como resúmen diremos, siguiendo el método de un autor catalan, el Sr. Cadafalch y Buguñá (*Prontuario de las acciones*) que la publiciana compete:—al que de buena fé y con justo título adquirió alguna cosa y ha perdido luego su posesion;—al adquisidor, á título de compra, aunque no haya satisfecho el precio;—al que haya procedido de buena fé al principio;—al legítimo dueño de la cosa, cuando le sea difícil acreditar su título de dominio;—y al enfiteuta y superficiario la publiciana *útil*. *Contra* cualquiera que posee de buena ó de mala fé;—ó ha dejado de poseer con dolo;—ó posee sin título suficiente ó con título ménos justo;—ó que ha parecido en juicio como si poseyera, á ejemplo de la reivindicativa. Que no procede contra el que posee en virtud de un título igual, ya sea que recibiese la cosa del que no es dueño, ya de otros; ni tampoco, por lo comun, contra el verdadero señor, salvo los casos exceptuados en las leyes (l. 28, § *De nox. act.*; l. 2, § *De except. rei. vend.*; l. 4, § 32, *De dol. mali et met. except.*; l. 24, § *De except. rei judic.*; l. 7, § 7, *eod.*) Que su objeto es que se restituyan las cosas de cualquiera clase que sean, con tal que puedan usucapirse ó prescribirse, con todos sus frutos ó accesiones, segun la calidad de la posesion, de la propia manera que en la reivindicativa. (LL. 13, tit. II, Partida 3ª, y 50, tit. V, Partida 5ª.) Ambas pueden proponerse en la misma demanda.—(N. del T.)

que haya quedado en cautividad entre los enemigos (*in hostium potestate*); y por consiguiente, incapacitado en absoluto para defender sus derechos y evitar la usucapion de una cosa de su pertenencia que se halla en manos de un poseedor que reside en la ciudad (*rem ejus qui in civitate esset usuceperit*). Hubiera sido altamente inícuo permitir semejante usucapion, y por esto el pretor, acudiendo en auxilio del ex-propietario despojado por el rigor del derecho civil, le permite reivindicar la cosa (*rescissa usucapione*) como si la usucapion no se hubiese cumplido contra él. (Instit., § 5, *eod.*)

2° Supongamos que una persona está en camino de usucapir una cosa ajena, y que luego de haberla traspasado á un arrendatario que sigue poseyéndola en nombre del arrendador, permanece largo tiempo ausente por uno ú otro motivo. Dentro del derecho romano clásico el propietario de la cosa no tenia medio ninguno de impedir semejante usucapion; no podia dirigir accion contra el ausente, á causa de la ausencia, ni contra el arrendatario, que no era sino un detentador precario, mero instrumento de la posesion de otro. Ya se comprende cuán justo era que el pretor amparase al propietario víctima del rigor de las leyes, concediéndole accion para reivindicar la cosa, como si la usucapion no se hubiese realizado.

Este último caso de aplicacion habia llegado á ser inútil en la época de Justiniano, porque permitió este Emperador que el propietario pudiese interrumpir la usucapion de un ausente por medio de una demanda ó por auténtica protesta por ante el presidente ó el obispo y áun ante el defensor de la ciudad. (L. 2, C. *De annali excep.*, lib. VII, tít. XL.)

Término de la accion rescisoria.—Segun el Edicto, el ex-propietario debia intentar la accion rescisoria dentro de un año contado por dias *útiles* desde la fecha en la cual hubiese cesado la imposibilidad de reclamar. (L. 1, § 1, D., *Ex quib. caus. maj.*, lib. IV, tít. VI.) Justiniano extendió hasta cuatro años *contínuos* el plazo para interponer esta accion. (L. 7, C., *De temp. in integ. rest.*, lib. II, tít. LIII) (1).

---

(1) Esta accion compete: 1° Al presente contra el ausente, sea cualquiera la causa porque lo haya estado. 2° Al que estuvo ausente por causa de fundado miedo, necesidad ó servicio del Estado (l. 28, tít. XXIX, Partida 3ª; l. 4, tít. XXXIV, li-

De la accion pauliana.—Esta accion, cuyo nombre proviene del pretor Paulo que la estableció, se concedia á los acreedores para lograr que se reintegrasen al patrimonio de su deudor los bienes que este hubiese enajenado en fraude de dichos acreedores (1).

Tambien se fundaba en una ficcion. El pretor rescindia enajenaciones (*rescissa traditione*), válidas segun el estricto derecho civil, permitiendo á los acreedores reivindicar las cosas enajenadas fraudulentamente, como si jamás se las hubiese desprendido del patrimonio del deudor (*rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse*. (Instit., § 6, *eod.*)

Carácter de la accion pauliana.—Ha sido cuestion muy debatida entre los comentadores la de si era esta accion de carácter real ó personal. Cierto es que la Instituta (§ 6, libro IV, tít. VI), nos la presenta como si fuese *in rem* pero en cambio la encontramos considerada como *in personam* en el Digesto (lib. XLII, tít. VIII, *Que in fraud. cred.*)

Creemos deber admitir dos acciones paulianas; una *in rem* aplicable sólo al caso de enajenacion de objetos corpóreos, encaminada á una *rei vindicatio*; y otra *in personam* aplicable á cualesquiera actos fraudulentos del deudor, ya sea una enajenacion de objetos corpóreos, ya una aceptilacion ú otras remisiones de deudas, etc.

Parece, segun todas las probabilidades, que la accion pauliana *in rem* debió ser la más antigua, y que la pauliana *in personam*, establecida más adelante y con mayor frecuencia otorgada por el pretor en el último estado del derecho, significó un progreso relativamente á la accion *in rem* (2).

---

bro XI, Nov. Rec.); á los consortes de los ausentes que les hayan acompañado;—algunas veces al ausente contra el presente; pero no al presente contra el presente ni al ausente que dejó representante. En general, se dirige contra el que poseyó y usucapió una cosa mueble ó inmueble (para las primeras se ejercita la accion útil y para las segundas la directa). Contra los sucesores del que usucapió;—contra un tercero á quien se ha transferido la cosa. Se da esta accion para que, rescindida la usucapion, se restituya la cosa con todos sus frutos y accesiones. (N. del traductor.)

(1) Compárese Cód. civ., art. 1167, y Cód. de Com., art. 446 y sig.

(2) Tal es, por lo ménos, la opinion de Ortolan, t. III, nº 2086; Thézard, p. 328; Labbé, en sus lecciones.—Comp. Demangeat, t. II, p. 526 y 527; Van Wetter, t. I, § 222, p. 811.

Sea de ello lo que fuere, la verdad es que unas mismas reglas se aplican indistintamente á una y á otra de estas dos acciones paulianas.

¿Bajo qué condiciones se daba la accion pauliana á los acreedores?—Tres cosas eran precisas: 1° que los acreedores inmitidos en posesion de los bienes de su deudor, hubiesen procedido á la *bonorum venditio* pero sin llegar á percibir la totalidad de sus créditos. (L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud.*, lib. VII, tít. LXXV); 2° que por el acto del deudor hubiesen experimentado verdadero perjuicio los acreedores (*eventus damni*), perjuicio que debia consistir en un empobrecimiento, una disminucion del patrimonio del deudor; de donde se sigue que no habia perjuicio que diese lugar á la accion pauliana cuando el deudor desperdiciaba una ocasion de mejorar su fortuna, de adquirir nuevos bienes. (L. 6, *pr.*, D., *Quæ in fraud. cred.*, lib. XLII, tít. VIII.) Así, pues, cuando un deudor llamado á recoger una herencia ó un legado no ade aquella ni acepta este, los acreedores no podrán oponerse á esta determinacion por mucho que la crean perjudicial á sus intereses. El art. 788 de nuestro Código civil ha establecido una doctrina contraria (1); 3° que el acto del deudor se haya realizado *in fraudem creditorum*. No se hallan de acuerdo los comentadores acerca el sentido de estas palabras, pero tiende á prevalecer la opinion de aquellos que no piensan haya de concurrir en el deudor intencion deliberada de perjudicar á sus acreedores para que se entienda que hubo fraude. Basta que al realizar el acto perjudicial haya tenido conciencia (*animus*) de que se hacia insolvente, si no lo era todavia, ó de que aumentaba su insolvabilidad, si ya lo era. (L. 15, L. 17, § 1, D., *eod.*) (2).

(1) Los acreedores perjudicados por la renuncia de su deudor pueden pedir autorizacion judicial para aceptar la sucesion en el nombre y lugar del deudor.—En este caso la renuncia sólo se anula en favor de los acreedores y únicamente hasta el limite de lo que importen sus créditos; pero no en provecho del heredero que ha renunciado. (Art. 788, C. civil)—Véanse algunas disposiciones análogas en los articulos 622 y 1053 del mismo Código.—El derecho español, aceptando la doctrina romana de las leyes 6, *pr.*, ff. *de reb. auctorit. jud. possid.*, l. 119 y 134, ff. *de reg. jur.* no entiende que el deudor proceda en fraude de los acreedores cuando simplemente deja de adquirir. (N. del T.)

(2) Esta es la doctrina que sostienen Demangeat, t. II, p. 528: Van Wetter, t. I,

¿Contra quién se daba la accion pauliana?—Mediante las indicadas condiciones, se daba contra los terceros que se hubiesen aprovechado del acto fraudulento del deudor. Solamente cuando el tercero que habia contratado con el deudor, era su causa habiente á título oneroso, por ejemplo, un procurador, no estaba sujeto á la accion pauliana sino en tanto que habia sido *conscius fraudis*, es decir, en tanto supiere que el acto debia causar ó aumentar la insolvabilidad del deudor. Obrando el tercero de buena fé, no cabe la accion pauliana. (L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud.*, lib. VII, tít. LXXV). Cuando el tercero que habia tratado con el deudor era su causa habiente á título gratuito, por ejemplo, un donatario, la accion pauliana se dirigia contra él sin distinguir si habia sido ó no *conscius fraudis*; sin embargo, no se daba contra el causa habiente á título gratuito que habia tratado de buena fé, sino en concurrencia del provecho que le hubiese cabido. (L. 6, § 11, D., *eod.*)

¿A quiénes competia la accion pauliana? — A todos los acreedores cuyo crédito fuese *anterior* al acto que trataban de impugnar, pues en cuanto á los que tuvieren créditos posteriores no se les permitia ninguna impugnacion. ¿En qué podrian fundarla? El acto no les ha causado perjuicio; no se realizó en fraude de sus derechos, puesto que no los tenian al tiempo de realizarse el acto. Exceptúase, sin embargo, el caso de subrogacion de nuevos acreedores en los derechos de acreedores anteriores. (L. 10, § 1, D., *eod.*) (1).

---

§ 222, p. 810 y 811, y Labbé, en sus lecciones.—La ley *Ælia Sentia* nos presenta la aplicacion de estos principios. Véase, *supra*, lib. I, tít. VI.

(1) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 528: Labbé, en sus lecciones.—La revocacion resultante de la accion pauliana aprovechaba á todos los acreedores del deudor, sin distincion ninguna, ó solamente á los acreedores respecto de los cuales haya existido el *animus fraudandi*? Se ha discutido mucho esta cuestion: Labbé, opina que el beneficio de la revocacion debia extenderse áun á los acreedores cuyo crédito era posterior al acto fraudulento. (L. 10, § 1, D., *Quæ in fraud. cred.*, lib. XLII, tít. VIII)—En resúmen, la accion pauliana *Compete* á los acreedores, ya sean hipotecarios, ya quirografarios, en perjuicio de los cuales se han enajenado dolosamente alguna cosa:—al curador de los bienes:—á los herederos de los acreedores; —pero no á los sucesores del deudor que enajena maliciosamente. *Contra* aquellos á quienes se transmitió la cosa—si fuere á título oneroso—conocedores del fraude cometido: contra los herederos de estos últimos, respecto de lo que han percibido del difunto —contra el mismo deudor que enajenó dolosamente;—contra aquel á

De la accion serviana y de la cuasi-serviana ó hipotecaria.—La accion serviana, introducida por el pretor Servio, tenia por objeto facilitar al propietario de una heredad rústica el medio de reivindicar contra todo poseedor los objetos que el arrendatario hubiese obligado á la seguridad de los arriendos (*quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur*) (Instit., § 7, lib. IV, tít. VI). Adviértase que no era preciso que las cosas obligadas en garantía del precio de arriendo se hubiesen llevado á la finca para que pudiese el propietario ejercitar esta accion, sino que bastaba un simple pacto, separadamente de toda tradicion.

¿Qué es la accion cuasi-serviana ó hipotecaria? — Generalizándose cada vez más en la práctica la accion serviana, llegóse á admitir que el propietario de una finca urbana (*prædium urbanum*), pudiese reclamar sin prévio acuerdo sobre esto, y por lo tanto de un modo tácito, contra cualquier poseedor los objetos que el locatario hubiere puesto en los locales arrendadados (*invecta et illata*). Entonces la accion se llamó *cuasi-serviana*; y se hizo extensiva á todos los casos, en los cuales, por mero pacto y sin tradicion, un deudor obligaba una cosa cualquiera mueble ó inmueble, para garantir la deuda.

La hipoteca se distinguia, pues, de la prenda (1), en que no exigia traslacion de la posesion. (Instit., § 7, *eod.*) La accion cuasi-serviana se llamaba indistintamente accion serviana *útil hipotecaria* ó *pignoraticia in rem* (2).

---

cuyo favor se haya hecho, aunque ignore el fraude;—no contra los terceros poseedores de buena fé, ni contra los que recibieron cosas en pago de lo que se les debia ó los que adquirieron sabiéndolo los acreedores. Su objeto es que se reponga á su primitivo estado la enajenacion hecha en fraude de los acreedores, ya sea que se hayan enajenado las cosas, ya sea que las obligaciones hayan desaparecido *ipso jure* ó inutilizándose con alguna excepcion y para que se revoque la enajenacion y se entregue á los acreedores la cosa en que consista en pago de lo que se les debe. (N. del T.)

(1) Véase, *supra*, lib. III, tít. XIV.

(2) El pretor no exigia ningun requisito de publicidad en la constitucion de la hipoteca. «El que recibia una hipoteca, dice Machelard (*Text. de dr. rom.*, 2ª part. *Sur les hypotéques*, p. 111), no tenia otra garantía que la buena fé de su deudor como seguridad de que su derecho no era ilusorio por la existencia de hipotecas anteriores. Las leyes se limitaban á castigar severamente, bajo el nombre de estelionato, la simulacion que hiciese el deudor y á imponer la pena del falsario al que fingia

Cosas que podian ser hipotecadas. — Podian hipotecarse todos los bienes muebles ó inmuebles susceptibles de ser vendidos. A diferencia de nuestras leyes, segun las cuales la hipoteca convencial sólo puede afectar á bienes *presentes* (1), el derecho romano admitia que la convencion de hipoteca pudiera extenderse á los bienes *futuros*. Cuando el deudor adquiria una cosa, quedaba esta inmediatamente sujeta á hipoteca.

Efectos del derecho de hipoteca.—Los efectos principales que producia eran: 1° que si al vencimiento del crédito no pagaba el deudor, podia el acreedor hacer vender el objeto hipotecado; y 2° que del precio de la venta era pagado al acreedor hipotecario, con preferencia á los demás acreedores. Concurriendo varios derechos de hipoteca sobre una misma cosa, tenia preferencia la hipoteca más antigua sobre la más moderna. En esto consistia el *privilegium temporis* (2).

De las hipotecas tácitas ó legales.—Las hipotecas tácitas ó legales más importantes eran: 1° la del propietario de una finca rústica sobre las cosechas; 2° la del propietario de una finca urbana sobre todos los objetos llevados por el locatario (*inquilinus*) al edificio arrendado (*invecta et illata*); 3° la del fisco sobre los bienes de su deudor; 4° la de los menores de veinticinco años sobre los bienes de sus tutores y curado-

---

una fecha anterior en materia de hipotecas.» En tiempo del Imperio bizantino, el Emperador Leon puso tardio remedio á este vicio esencial, mediante una constitucion, que es la ley 11, C., *Qui pot.*, lib. VIII, tit. XVIII.—Nuestro Código civil ha establecido cuidadosamente la publicidad de las hipotecas, art. 2146 y sig.—La legislacion hipotecaria española reconoce el mismo principio moderno de publicidad. La constitucion del Emperador Leon que cita el autor en esta nota disponia que las hipotecas que, áun siendo de fecha posterior, se justificasen por un acto celebrado ante notario público ó magistrado (*instrumentum publice confectum*), ó por acto en que firmasen tres testigos de buena fama, *probatæ atque integræ opinionis*, fuesen preferidos á las hipotecas anteriores desprovistas de otras pruebas. (N. del T.)

(1) Véase, Cód. civil, art. 2129 y sig.—El art. 108, caso 5° de nuestra ley Hipotecaria, establece que no se puede hipotecar el derecho real en cosas que áun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aún inscritas á favor del que tenga el derecho á poseer. (N. del T.)

(2) Véase Cód. civ., art. 2134 y sig.—Segun el art. 107, par. 4° de nuestra ley Hipotecaria podrá constituirse nueva hipoteca sobre bienes anteriormente hipotecados siempre que quede á salvo la prelacion que tuviese para cobrar su crédito aquel á cuyo favor esté constituida la primera hipoteca. (N. del T.)

res; 5º la de los legatarios sobre los bienes de la herencia; 6º la de la mujer casada por la restitucion de la dote (1).

ACCIONES PRETORIAS «IN PERSONAM.»

La Instituta sólo menciona como ejemplos de acciones pretorias *in personam* la *constitutæ pecuniæ*, la *ex jure jurando*, la *de peculio*. Dejando para el título siguiente la accion *de peculio*, nos limitaremos por ahora al estudio de las acciones *constitutæ pecuniæ* y de *jure jurando*.

De la accion «constitutæ pecuniæ.»—Llamábase *pacto de constituto* la convencion por la cual una persona prometia sin estipulacion (*nulla stipulatione interposita*) pagar á otra una deuda que civil ó naturalmente ya existia con anterioridad. Esta promesa podia hacerse personalmente ó por otro (*pro se vel pro alio solaturos se*. Instit., § 9, lib. IV, tít. VI) (2).

Provenia el nombre de constituto que á este pacto se daba de que el promitente se obligaba á pagar en dia determinado, *constituebat diem quo soluturus esset*, y por esto la accion se denominaba *constitutoria* ó *pecuniæ constitutæ* (3); accion in-

---

(1) Ciertas hipotecas eran *privilegiadas*, es decir, que se colocaban en primer lugar malgrado la posterioridad del crédito. Tal era, por ejemplo, la hipoteca que tenia la mujer para seguridad de la restitucion de su dote. Véase, *infra*, epígrafe «*De la accion en restitucion de la dote*,» párrafo que dice: «*Innovaciones de Justiniano*».—Comp. Cód. civil, art. 2135, 2º.—Resúmen: Que de la prenda, considerada como *jus in re*, nacen dos acciones: una especial, la *serviana*, y otra general, la *cuasi-serviana* ó *hipotecaria*. Que la primera compete:—al arrendador:—al que dió cantidades para la reparacion de alguna cosa:—á la mujer que para conservar su dote tiene obligados los bienes del marido:—á éste sobre los bienes de aquella para conservar la donacion *propter nuptias*. Que se dirige contra el arrendatario:—contra cualquier poseedor de las cosas que fueron aportadas al predio, pero no contra aquel á quien se concedió habitacion gratuita. Que sirve para perseguir estas mismas cosas y obtener con ellas el pago de las rentas ó precio del arriendo é indemnizacion de los deterioros causados en la cosa arrendada. Que la *accion cuasi-serviana* ó *hipotecaria* compete á cualquiera acreedor, contra el deudor:—contra el que por éste obligó alguna cosa:—contra el que posee ó dejó de poseer dolosamente:—y contra el que litigó con el deudor sobre propiedad de la cosa, ganando en el pleito, si ántes de principiar éste, la cosa estaba obligada. Que tiene por objeto perseguir las cosas obligadas, con sus frutos y accesiones. (N. del T.)

(2) El constituto de una deuda ajena es una verdadera fianza.

(3) Puede consultarse la interesante disertacion de M. Bodin, profesor de derecho romano en la Universidad de Rennes, *sobre los efectos del pacto de constituto*. *Revue historique de droit français et etranger*, t. XII, año 1866, p. 209 y sig.

troducida á semejanza de una accion civil llamada *receptitia* (1).

¿Qué es la accion «receptitia?»—Es una accion personal civil que sólo se aplicaba al caso especial de un banquero (*argentarius*) que hubiese prometido pagar una deuda sin que haya intervenido estipulacion. (Instit., § 8, *eod.*)

Diferencias entre la accion «receptitia» y la «pecuniæ constitutæ.»—1° La primera sólo se daba contra una clase de personas, contra los *argentarii;* la segunda era de aplicacion general (*cum omnibus agitur*). (Instit., § 9, *eod.*) 2° La primera se aplicaba á toda clase de objetos; la segunda sólo á las cosas que se aprecian por peso, número ó medida (*res quæ pondere, numero, mensura consistunt*). (L. 2, *pr.*, C., *De const. pec.*, lib. IV, tít. XVIII). 3° La primera se daba de la misma manera, ya hubiese ó no deuda preexistente. Desde el momento en que un *argentarius* habia prometido pagar una deuda ya no se le admitia discusion sobre la legitimidad de la deuda, cuyo pago habia garantido. La accion *constitutæ pecuniæ* suponia siempre una obligacion preexistente y válida. El pretor permitia al que se hubiese obligado por pacto de constituto que pudiese discutir la legitimidad de la deuda. Conviene observar que bastaba una obligacion natural para servir de base á un constituto. 4° La accion *receptitia* era perpétua; la *constitutæ pecuniæ* era anual. (L. 2, *pr.*, C., *eod.*)

Refundicion de ambas acciones.—Justiniano refundió completamente las dos acciones, suprimiendo la denominacion de *receptitia.* (Instit., § 8, *eod.*)

La nueva accion *constitutæ pecuniæ* tomó de la *receptitia* los dos siguientes caractéres: 1°, el de perpetuidad;—2°, su aplicacion á toda suerte de deudas, ya sea de cantidad ó de cuerpo determinado, y de la antigua *constitutæ pecuniæ:*—1°, el de haber de fundarse necesariamente en una deuda preexistente y válida, civil ó por lo ménos naturalmente;—2°, el de que se concede contra cualesquiera personas. (L. 2, C., *eod.*)

Si bien es cierto que la idea de constituto envolvia de ordinario la determinacion de una fecha para el cumplimiento de

---

(1) *Receptitia* deriva de *recipere*, sinónimo de *constituere*, fijar dia para el pago.

la promesa, tambien lo es que no por falta de esta determinacion quedaba viciado el pacto, sino que la jurisprudencia tenía fijado para este caso un término de diez dias. (L. 21, § 1, D., *De pec. const.*, lib. XIII, tít. V.)

De la accion de «jure jurando.»—Cuando sucedia que, separadamente de toda contienda judicial, las partes que tenian alguna cuestion entre sí, careciendo de otro medio de fijar sus recíprocas pretensiones, convenian en remitirse á la fé del juramento para poner fin á sus diferencias, esta convencion constituia un simple pacto que no tenia sancion en el derecho civil; pero vino á robustecerlo el pretor, creando á este propósito la accion de *jure jurando*, en la cual no debia examinar el juez si al demandante le asistia fundado derecho, sino únicamente si hubo ó no juramento prestado en forma. (Instit., § 11, lib. IV, tít. VI.)

De este juramento podia originarse una accion, y tambien, segun los casos, podia negarse esta accion ó darse una excepcion *de jure jurando* en favor del deudor. (L. 9, *pr.*, D., *De jurej.*, lib. XII, tít. II.)

Este juramento se llamaba *voluntario*, en razon á que la parte á quien se prestaba podia libremente rehusarlo sin que su causa quedase por este motivo comprometida. (L. 17, *pr.*, D., *eod.*)

Aparte del juramento voluntario existian aún otras varias clases de juramento:—1°, el que se prestaban mútuamente las partes (*in jure*) ante el pretor, y que se llamaba juramento *necesario*, porque la persona á quien se prestaba no podia rechazarlo sin perder el proceso. (L. 34, § 6, D., *eod.*) (1);—2°, el que se prestaban mútuamente las partes (*in judicio*) ante el juez ó el que exigia como prueba el mismo juez á una cualquiera de las partes y que se llamaba juramento *judicial* (2).

(1) Es el juramento *decisorio* de nuestra legislacion. Véase Código civil, artículo 1558 y sig.—Es juramento decisorio el que produce prueba plena, no obstante cualesquiera otra; el indecisorio no perjudica más que al que lo presta, de modo que quien solicita de otro una confesion bajo esta fórmula podrá estar y pasar únicamente por lo favorable, sin perjuicio de dar otra prueba sobre lo que no resultase confesado. (N. del T.)

(2) Habia un género particular de *jusjurandum judiciale*, cual era el juramento que el juez, en ciertos casos, deferia al demandante para estimar la cuantía de la condena que iba á imponer. (D., *De in lit. jur.*, lib. XII, tít. III.)

Estas dos clases de juramento no daban lugar á la accion pretoria ni á la excepcion *de jure jurando.*

DE LAS ACCIONES PREJUDICIALES.

Las acciones prejudiciales se colocaban en la categoría de las acciones reales (*præjudiciales in rem esse videntur actiones*). (Instit., § 13, lib. IV, tít. VI.)

¿Qué se entendia por acciones prejudiciales?—Eran aquellas en virtud de las cuales tratábase de obtener una decision judicial, por la que se hiciese constar una circunstancia ó un hecho cualquiera; justificacion que sin deber producir ninguna condena inmediata podia traer al que la promovia una ventaja ulterior. Dentro del sistema formulario la accion prejudicial sólo daba lugar á una *intentio*, jamás á una *condemnatio*, de modo que la tarea del juez se limitaba á resolver la cuestion contenida en la *intentio*. (Gayo, C. IV, § 44) (1).

¿Cuáles eran las acciones prejudiciales más importantes?—A la época de Gayo se citaban como ejemplos de esta clase de acciones: 1º la que se daba para justificar la cuantía de la dote (*quanta dos sit*), antes de reclamar su restitucion. (Gayo, C., IV, § 44); 2º la accion que se daba para saber si el acreedor que habia recibido *sponsores* ó *fidepromissores*, para la seguridad de una deuda principal les habia declarado lo que se le debia y el número de cauciones que necesitaba. (Gayo C. III, § 123) (2).

La Instituta pasa en silencio estas dos acciones prejudiciales, y se ocupa solamente de las relativas al *status*, esto es, al estado de las personas; estas acciones son tres: una relativa á la libertad; otra relativa á la ingenuidad, y por fin, otra relativa á la materia de filiacion y de paternidad.

---

(1) Deriva el calificativo *prejudiciale* de *præjudicare*, que tanto vale como decir *ante judicare*: son acciones que por algun motivo deben ejercitarse antes de entrar en otro juicio ó que por su índole requieren una sustanciacion prévia. Sirvan de ejemplo el caso de un heredero testamentario, que deba probar este carácter por habérsele impugnado al querer instar la division de la herencia; y el caso de un heredero *abintestato* que si reclama la herencia existiendo un testamento sobre cuya validez haya dudas, debe ante todo accionar para que se declare la nulidad de aquella disposicion testamentaria. (N. del T.)

(2) Véase, *supra*, lib. III, tit. XX, p. 454 y sig.

Todas las acciones prejudiciales, exceptuando la relativa á la libertad, eran de orígen pretorio. (Instit., § 13, *eod.*)

Accion prejudicial relativa á la libertad ó causa liberalis.—Era la única accion de orígen civil, y empleábase indistintamente, ora se tratase de hacer declarar á uno esclavo, ora de hacerle declarar libre. Ni en calidad de demandante ni en calidad de demandado tenia parte en este proceso el mismo individuo cuya libertad se controvertia, sino que estaba representado por un *assertor libertatis.*

¿A quién incumbia probar la libertad?—Al que pretendia tener derecho á un estado contrario al que, de hecho, existiese al tiempo de sustanciarse la accion. En este concepto, el esclavo que se proclamaba hombre libre, *partes actoris sustinebat,* y por lo mismo, debia probar su libertad; y recíprocamente aquel que reclamaba un hombre libre, sosteniendo que era esclavo, debia justificar su derecho de propiedad. (L. 7, § 5, D., *De lib. caus.*, lib. XI, tít. XII.)

Durante la sustanciacion del proceso, el individuo cuyo estado se discutia, gozaba de una libertad de hecho; estaba *in libertate.* (L. 14, C., *De lib. caus.*, lib. VII, tít. XVI.)

No porque el juez hubiese fallado una vez en contra de la libertad, quedaba la cuestion definitivamente juzgada, sino que aún podian suscitarla segunda y tercera otros *assertores libertatis.* Por el contrario, cuando la decision final era favorable á la libertad, la cuestion quedaba irrevocablemente juzgada entre las partes que hubiesen contendido. (L. 1, *pr.*, C., *De ads. toll.*, lib. VII, tít. XVII.)

Justiniano suprimió el *assertor libertatis,* permitiendo que figurase en la instancia el mismo individuo cuyo estado se discutia, ya fuese como demandante, ya como demandado; y además dispuso que el fallo del juez, favorable ó contrario á la libertad, fuese definitivo é irrevocable. (L. 1, C., *De ads. toll.*, lib. VII, tít. XVII.)

Accion prejudicial relativa á la ingenuidad.—Ulpiano en la ley 6, Dig., *Si ingenuus esse dicatur.*, lib. XL, título XIV, enumera dos casos en los cuales habia lugar á la aplicacion del *præjudicium ingenuitatis*: 1º cuando se trataba de averiguar si un individuo era ingénuo ó manumitido;

2° cuando se trataba de saber si un individuo que ya reconocia ser manumitido, tenia por patrono á tal ó cual persona.

En estos casos se aplicaban las reglas de la *causa liberalis* relativa á la prueba (1).

Accion prejudicial relativa á la cuestion de filiacion y paternidad.—Esta accion se llamaba comunmente *de partu agnoscendo*. El juz podia pronunciar su fallo sobre las cuestiones siguientes: el hijo nacido con posterioridad al divorcio, ¿es legítimo de los cónyuges divorciados? De un modo más general: el hijo nacido durante el matrimonio ¿tiene realmente por padre al marido de la madre? Más todavía; la mujer que reivindica el hijo como suyo, ¿es realmente su madre? etcétera.

Impugnacion del estado de una persona despues de su muerte.—La discusion acerca el estado de una persona podia tener lugar áun despues de su fallecimiento; pero los Emperadores Claudio y Nerva, dispusieron que el estado que tuviese una persona al tiempo de su muerte, sólo pudiese impugnarse durante los cinco años posteriores si se tratase de atribuirle un estado menos ventajoso. (D., *Ne de stat. defunct...*, lib. XL, tít. XV.)

DE LAS ACCIONES MIXTAS, TAM IN REM, QUAM IN PERSONAM.

Los textos sólo designan con el nombre de acciones mixtas las tres acciones *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ*, *finium regundorum*. (Instit., § 20, lib. IV, tít. VI.)

Accion communi dividundo. —Es la que ejercitaban entre sí los comuneros y copropietarios para la particion de la cosa indivisa.

Accion familiæ erciscundæ.—Es la que se daba entre coherederos para la particion de la herencia.

Accion «finium regundorum.»—Es la que tenian los

(1) Véanse, acerca de esta debatida cuestion, Demangeat, t. II, p. 556 y sig., Zimmern, *Tr. des act.*, trad. de M. Etiennes, p. 209 y 210: de Keller, *Des actions*, trad. de M. Ch. Capma, § 38, p. 169: Van Wetter, t. II, § 301 *bis*, p. 205: Labbé, en sus lecciones.

propietarios limítrofes para la determinacion de los límites divisorios de sus heredades (1).

En estas tres acciones el juez se hallaba investido con un doble poder: 1°, el de condenar; 2°, el de adjudicar, esto es, transferir la propiedad por una adjudicacion (2).

¿En qué concepto pudo la Instituta decir que estas acciones «eran tam in rem, quam in personam» ó mixtas? —No están de acuerdo los comentadores acerca de este punto. Cuatro distintas hipótesis se han propuesto, y todas ellas se prestan á muy sérias objeciones.

Primera.—Dícese que tenian estas acciones un carácter *mixto*, en el sentido de que cada una de las partes representaba á la vez el doble papel de demandante y demandada. Así como de ordinario sólo podia pronunciarse condena contra el demandado, en el caso excepcional de que tratamos el juez podia dictar tambien fallo condenatorio contra el demandante. Esta opinion se funda en el pasaje de Ulpiano: *Mixtæ actiones in quibus uterque actor est: utputa*, etc. (L. 37, § 1, D., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tít. VII). Las palabras *tam in rem quam in personam* demuestran que habia acciones que presentaban este carácter, así entre las *in rem* como entre las *in personam* (3). Esta explicacion, sin embargo, resulta desautorizada por la imposibilidad de citar acciones *in rem* que tuviesen analogía con las tres acciones *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ* y *finium regundorum*.

Segunda.—Estas tres acciones eran *mixtas*, en cuanto sólo

---

(1) Esta es la accion que se ejercita, segun nuestro derecho moderno en los expedientes de jurisdiccion voluntaria de que trata el tit. XV de la ley de Enjuiciamiento civil, bajo el epígrafe *Del deslinde y amojonamiento*. Compete la accion no sólo á los dueños de heredades contiguas, sino útilmente á los que tienen constituido sobre ellas algun derecho real (art. 2061) como el enfiteuta, el usufructuario y el acreedor hipotecario, pero no al poseeder de mala fé ni al socio contra el socio respecto de la heredad propia cuyos límites se hubiesen confundido con los del fundo comun, mientras no se haya dividido la cosa mediante la accion *communi dividundo*. (N. del T.)

(2) Debemos advertir que la fórmula de estas tres acciones contenia una parte que no hallamos en ninguna de las demás fórmulas, cual es la *adjudicatio*. (Gayo, C. IV, § 42.)

(3) *Sic*, Thézard, *ob. cit.*, p. 318 y 319.

en ellas podia existir á un tiempo *adjudicacion* y *condena* (1).

Tercera.—La denominacion de acciones *tam in rem, quam in personam* significa sencillamente que quien proponia estas acciones se fundaba en un doble derecho: primero, en un derecho real de herencia ó de co-propiedad, como en las acciones reales; luego en un derecho de obligacion, como en las acciones personales.

Por más que la mision más importante del juez fuese la de resolver el punto relativo á la obligacion (de donde provenia la denominacion de acciones *in personam* que se daba á las de que tratamos), sin embargo, podia proveer al propio tiempo y por la misma fuerza de las cosas sobre la cuestion de propiedad (2). Esta opinion es de todo punto inadmisible, porque segun ella, la peticion de herencia y la reivindicacion serian acciones mixtas.

Cuarta.—Las acciones de que se trata debieron ser *mixtas* bajo el punto de vista de la redaccion de la fórmula; son personales por su *intentio* y reales por la *adjudicatio*, que no contiene el nombre de todas las partes. Hé aquí de dónde ha derivado el calificativo de acciones mixtas, á la vez *in rem é in personam*. Esta última explicacion, con todo y ser la más sencilla, nos parece la más satisfactoria (3).

TERCERA DIVISION.

ACCIONES «IN JUS» Y ACCIONES «IN FACTUM.»

Concepto de la accion «in jus.»—La accion *in jus* era aquella en virtud de la cual se debatia una cuestion de dere-

---

(1) Véanse, en este sentido, Walter, *Hist. de la proc. des Romains*, traduc. de Laboulaye, cap. III, p. 35; Ducaurroy, t. III, nº 1209 y sig.; Boujeau, *Encycl. cath.*, vº *action*, p. 254 y sig.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 348: E. Naquet, *Caractéres des actions mixtes, Rev. de législat.*, 1873, p. 481 y sig.

(2) Nos parece que esta es la opinion profesada por Ortolan, t. III, nº 2119 y sig.; Domenget, p. 476 y sig.; Namur, 2ª edic., t. II, § 501, p. 305.—Comp. Demangeat, t. II, p. 573 y 574; de Keller, *Des actions*, trad. de Ch. Capmas, § 87, p. 423: Goudsmith, *Cours des Pand.* (trad. de Wuylsteke) § 88, p. 245, nota 3.

(3) *Sic*, Etienne, t. II, p. 431 y sig.: Savigny. *System.*, t. V, § 216: de Fresquet, t. II, p. 431 y 432: Van Wetter, t. II, § 271, p. 113 y 114.

cho (*de jure quœritur.* Gayo, C. IV, §§ 45, 47), es decir, que el demandante reclamaba la aplicacion del derecho civil en favor suyo.

Hé aquí una fórmula *in jus* en materia de depósito: *Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato..., si non paret absolvito.* (Gayo, C. IV, § 47.)

Concepto de la accion «in factum.»—La accion *in factum* era aquella en que la decision del litigio dependia de un hecho que el pretor indicaba en la fórmula y cuya justificacion debia practicar el juez; accion que tiene su orígen en el derecho pretorio que la estableció para llenar los vacíos del derecho civil.

Hé aquí una fórmula *in factum* en materia de depósito: *Si paret, Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam depossuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito.* (Gayo, C. IV, § 47) (1).

Los transcritos ejemplos revelan que la accion *in jus* tenia tres partes: la *demonstratio*, la *intentio* y la *condemnatio*, y que en la accion *in factum*, por el contrario, la *demonstratio* y la *intentio* se confundian en una primera parte de la fórmula, á la que seguia inmediatamente la *condemnatio*.

Correlacion entre las acciones «in jus» é «in factum» y las acciones civiles y pretorias.—Así como todas las acciones civiles eran acciones *in jus*, no todas las pretorias eran acciones *in factum*. En general se formulaban *in jus* todas las acciones pretorias creadas con el objeto de hacer extensiva á un caso nuevo la aplicacion de un principio de derecho civil, y en este concepto la accion publiciana, á pesar de su orígen pretorio, era una accion *in jus*. (Gayo, C. IV, § 36).

---

(1) Puede consultarse la Memoria de M. Alb. Desjardins, agregado á la Facultad de Derecho de Paris, *sobre las dos fórmulas de las acciones depositi y commodati. Rev. histor. de dr. franç. et étrang.*, t. XIII, año 1867, p. 122.

Importancia de esta division de las acciones.—Ofrece importancia bajo distintos conceptos principalmente: 1º en cuanto el hijo de familia, que no podia intentar acciones *in jus*, porque se oponian á ello los principios del derecho civil, segun los cuales el padre y no el hijo seria el verdadero acreedor en la obligacion por este contraida, podia, sin embargo, hacer uso de las fórmulas *in factum*. (L. 13, D., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tít. VII.)—2º en cuanto las acciones *in jus* eran, por regla general, perpétuas, al paso que las acciones *in factum* eran anuales. (Instit., *pr.*, lib. IV, título XII.) (1).

Observacion.—No siempre se ha empleado el calificativo *in factum* en el sentido que acabamos de explicar; con frecuencia se halla en los textos designada la accion *præscriptis verbis* con los nombres de accion *in factum præscriptis verbis* y algunas veces con el de accion *in factum* simplemente. Importa, sin embargo, no confundir estas dos acciones; la fórmula de la accion *præscriptis verbis* estaba concebida *in jus*; mas como no cabia indicar un *nomen* en la *demonstratio*, esta comenzaba por el relato de los hechos que habian dado lugar á la obligacion, de donde provino el nombre de accion *in factum* aplicado á la *prescriptis verbis* (2).

CUARTA DIVISION.

ACCIONES PERSECUTORIAS DE LA COSA, PERSECUTORIAS DE LA PENA Y PERSECUTORIAS DE LA COSA Y DE LA PENA Ó MIXTAS.

Esta division de las acciones se fundaba en la diversidad de objetos que con ellas se tratase de conseguir. (Instit., § 16, *eod.*)

¿Qué son acciones persecutorias de la cosa?—Llamábanse acciones *rei persequendæ causa* las que tenian por objeto mantener la integridad del patrimonio ó restablecerla cuando habia experimentado menoscabo.

---

(1) Thézard menciona otras dos diferencias notables, *ob. cit*, p. 331 y 332.
(2) Véase acerca de la accion *in factum præscriptis verbis*, *supra*, lib. III, tit. XXVI.

¿Cuáles eran las principales acciones persecutorias de la cosa?—Podemos citar como tales todas las acciones *in rem* y casi todas las acciones *in personam* que nacian de los contratos, como por ejemplo, del mútuo, de la estipulacion, del comodato, del depósito, del mandato, de la sociedad, de la venta y del arrendamiento. (Instit., § 17, *eod.*)

¿Qué son acciones persecutorias de la pena?—Llamábanse acciones *pœnæ persequendæ causa* aquellas que tenian por objeto imponer al demandado una pena ó disminucion de su patrimonio, y por consecuencia enriquecer en la misma proporcion al demandante.

Entre las principales acciones persecutorias de la cosa puédense citar la accion de robo manifiesto ó no manifiesto, la accion de *albo corrupto*, etc. (Instit., §§ 12 y 18, *eod.*)

¿Qué son acciones mixtas ó persecutorias de la cosa y de la pena?—Llamábanse acciones *mixtas, tam pœnæ quam rei persequendæ* aquellas que tenian el doble objeto de mantener la integridad del patrimonio del demandante ó restablecerla si se habia menoscabado, é imponer al convenido una pena ó disminucion de su patrimonio en favor de la otra parte.

¿Cuáles eran las principales acciones mixtas?—Numerosos ejemplos encontramos en la Instituta; citaremos: la accion *bonorum vi raptorum* en virtud de la cual se conseguia el valor de la cosa, á título de *rei persecutio* y el triplo de este valor, á título de pena; la accion de la ley *Aquilia* no sólo cuando se daba por el doble contra el que habia negado la realidad del perjuicio (*adversus inficiantem*), sino tambien cuando se daba por el equivalente (Instit., § 19, *eod.*); todas las acciones que se daban por el doble, en el caso de denegacion por parte del demandado (Instit., § 17, *eod.*); y por último, segun el derecho justinianeo, la accion dada por el doble contra el que, gravado con un fideicomiso ó un legado á favor de una iglesia ó de otra cualquiera fundacion piadosa, no hubiese cumplido la manda, esperando que se le llamase á juicio. (Instit., § 19, *eod.*)

Importancia de esta division de las acciones.—Esta importancia se presenta bajo dos principales puntos de vista: 1° *Bajo el punto de vista de la concurrencia de varias acciones.*

Cuando nacian de un mismo hecho varias acciones *rei persequendæ*, el demandante sólo podia percibir una vez el valor de lo que habia perdido. Así, por ejemplo, al cometerse un robo la persona perjudicada podia escoger entre dos acciones *rei persequendæ*, la reivindicacion y la *condictio furtiva;* mas si en virtud de la primera recuperaba el valor de la cosa, ya no podia obtenerlo segunda vez por la *condictio furtiva* (1).

Por el contrario, cuando un mismo hecho daba lugar á varias acciones penales, el demandante podia acumular el beneficio de las condenas á que tendian estas distintas acciones. (Instit., § 8, lib. IV, tít. I.) Lo mismo sucedia en el caso de haber varios demandados responsables por un mismo hecho; si la accion era *rei persequendæ*, el demandante que hubiese obtenido de uno de los demandados la reparacion del perjuicio que sufriera, no podia exigir á los demás cosa alguna; mas por el contrario, siendo la accion *pœnæ persequendæ* tenia el demandante accion *in solidum* contra cada uno de los delincuentes en particular, y cuantos fuesen estos, otras tantas veces podia obtener el importe de la pena. 2º *Bajo el punto de vista de la transmisibilidad de las acciones.* Las *rei persequendæ* podian ejercitarse contra los herederos del demandado, al paso que las acciones penales no alcanzaban más allá de la misma persona causante del perjuicio. (Instit., § 1, lib. IV, título XII) (2).

---

(1) Así sucedia siempre y cuando se tratase de una accion penal *bilateral*, es decir, de aquellas que producian enriquecimiento para el demandante y pérdida para el demandado, como, por ejemplo, la accion *furti* (L. 1, C., *De Condit. furt.*, lib. IV, titulo VIII): pues que la accion penal *unilateral*, es decir, aquella que menoscababa el patrimonio del demandado sin enriquecer al demandante, regulábase por los mismos principios de la accion *rei persequendæ*. Los codelincuentes quedaban solidariamente obligados, pero el pago que uno de ellos hiciese relevaba de toda obligacion á los demás. (L. 17, *pr.*, D., *De dol. mal.*, lib. IV, tít. III.) Exceptuábase, no obstante, la accion de la ley Aquilia, la cual á pesar de corresponder á la clase de los unilaterales, podia dar lugar á tantas condenas cuantos fuesen los individuos copartícipes en el daño. (L. 51, D., *Ad leg. Aquil.*, lib. IV, tit. II.)

(2) Véase *infra*, lib. IV, tít. XII, p. 683.

QUINTA DIVISION.

ACCIONES POR EL SIMPLE (1).—POR EL DUPLO.—POR EL TRIPLO.—Y POR EL CUÁDRUPLO.

Esta division de las acciones se fundaba en la relacion matemática que mediaba entre el fondo de la demanda y la cuantía de la condena. Lo primero es el interés real que tenia el demandante en el litigio, el importe del perjuicio que habia experimentado; y esta era la unidad que, multiplicada por dos, por tres ó por cuatro, servia de fundamento á las acciones por el duplo, por el triplo ó por el cuádruplo. Segun el sistema formulario, esta unidad era el valor indicado en la *intentio* de la fórmula, bien que para saber si una accion se habia dado por el duplo, triplo ó cuádruplo, bastaba comparar la *intentio* y la *condemnatio*.

Observacion.—Parece cosa indudable que no habia ninguna accion que se diese por el quíntuplo. (Instit., § 21, lib. IV, tít. VI.)

Acciones por el simple.—Tales eran las acciones provenientes de la estipulacion, del préstamo, de la venta, del arrendamiento, del mandato, y en general, de todas las acciones persecutorias de la cosa. La accion de injuria, bien que de carácter penal, era simple lo mismo que todas aquellas cuya condena era determinada (*certa*). (Instit., § 22, *eod.*)

Acciones por el doble.—Pueden citarse como ejemplos las acciones de robo no manifiesto, la de la ley *Aquilia*, la de depósito necesario (*depositi ex quibusdam casibus*), como tambien las de corrupcion de esclavo (*de servo corrupto*) y pago de

---

(3) Preferimos traducir literalmente la locucion francesa, que es tambien la del texto latino de la Instituta (*in simplum*) y que si bien no adoptada en nuestro tecnicismo jurídico, nos parece tan gráfica como concisa. Nuestro idioma, despues de todo, no puede rechazarla: es un modo adverbial ordinal, que, segun la autoridad de la Academia, refiriéndose á cosas que pueden ser dobladas, significa las sencillas. Jurídicamente hablando. podríamos llamarlas con Savigny acciones conservadoras, porque no tienden á modificar la situacion económica de ninguna de las partes, sino á restablecer el órden legal. (N. del T.)

legados hechos á favor de establecimientos piadosos. (Instit., § 23, *eod.*)

Entre las acciones por el doble, algunas, como la de robo no manifiesto y de corrupcion de esclavo, se daban *siempre* por el doble, *omnimodo duplo sunt*; otras como la de la ley *Aquilia* y la de depósito necesario, sólo producian condena en el doble cuando el demandado negase los hechos (*inficiatione duplicantur; in confidentem autem in simplum dantur.*) En cuanto á la accion para el pago de legados ó fideicomisos dispuestos á favor de fundaciones piadosas, solamente se daba por el doble cuando hubiese demora en el cumplimiento de aquellas disposiciones. (Instit., §§ 19, 26, *eod.*)

Acciones por el triplo.—En el antiguo derecho eran tales las acciones *furti concepti* y *furti oblati* (1), que desaparecieron en la época de Justiniano. La Instituta no cita más que un ejemplo de accion por el triplo, cual es el de un demandante que en el acto de la citacion (*in libello conventionis*) ha reclamado más de lo debido, á fin de que los dependientes del tribunal (*viatores, id est executores litium*) pudiesen exigir mayor estipendio. En este caso, el demandante podia, mediante una *condictio ex lege*, obtener triplicado el valor del perjuicio que se le hubiese inferido; mas como en este *triplo* sólo se computaba una vez el perjuicio, resultaba que la pena no era más que del duplo. (Instit., § 24, *eod.*)

Acciones por el cuádruplo.—Se daban por el cuádruplo las acciones de robo manifiesto, y la *quod metus causa*, así como tambien la relativa á las cantidades pagadas para decidir á uno á promover ó abandonar un litigio por sutileza ó malicia, y en la condicion legal establecida por Justiniano contra los dependientes del tribunal que hubiesen exigido de las partes más de lo que permitian las tarifas. (Instit., § 25, *eod.*) Sin embargo, la accion *quod metus causa* (2). distinguíase de las demás acciones por el cuádruplo, en que la índole propia de aquella permitia que el juez absolviese al demandado, cuando éste, cediendo al mandato judicial (*jussu judicis*) consentia

---

(1) Véase *supra*, lib. IV, tit. I, p. 569.

(2) Véanse *infra*, los pormenores sobre las *acciones arbitrarias*, p. 655.

en restituir las cosas al sér y estado que tenian al tiempo de cometerse la coaccion; lo cual no sucedia en las demás acciones, sino que el demandado sufria siempre la condena en el cuádruplo (*omnimodo quisque in quadruplum condemnatur*). (Instit., § 27, *eod.*)

SEXTA DIVISION.

ACCIONES DE DERECHO ESTRICTO, ACCIONES DE BUENA FÉ Y ACCIONES ARBITRARIAS.

Esta division de las acciones, fundada en el distinto alcance de las facultades del juez, dista mucho de ser tan lata como las precedentes, porque la distincion entre las acciones de buena fé y las de derecho estricto se aplicaba exclusivamente á las acciones *in personam*, nacidas del ordinario trato de la vida civil (*actiones ex contractu* y *quasi ex contractu*) y que, además, eran *in jus conceptæ*, esto es, provistas de una *juris civilis intentio* (1); y si bien el órden de las *arbitrariæ actiones* comprendia indistintamente acciones reales y personales, no abrazaba en modo alguno todas las acciones no clasificadas entre las de buena fé y de derecho estricto.

Concepto de las acciones de derecho estricto.—Estas acciones (*stricti juris actiones*, *stricti juris judicia*, *stricta judicia* ó simplemente *judicia*, porque se nombraba en virtud de ellas un *judex*), eran aquellas de las cuales el juez, estrictamente limitado en su poder por los términos de la fórmula, debia estatuir con rigorosa sujecion á los principios del derecho civil, sin atender á consideraciones de equidad ni tomar en cuenta la voluntad de los contrayentes.

Concepto de las acciones de buena fé.— Eran acciones de buena fé (*bonæ fidei actiones*) aquellas en las cuales el juez debia decidir el debate con arreglo á la equidad y á la buena fé, sin sujecion á los principios rigorosos del derecho civil. Llamábanse estas acciones *de buena fé* porque en su

(1) Véase acerca de este punto, M. de Keller, *Des actions*, trad. de Ch. Capmas, § 88, p. 434.

fórmula se añadian á los términos de la cuestion legal propuesta, las palabras *ex fide bona,—ut inter bonos bene agier,—quid æquius melius* ú otras análogas. (Ciceron, Tóp., núm. 17, *in fine.*)

Diferencias entre las acciones de buena fé y las de estricto derecho.—Se distinguen bajo nueve distintos conceptos: 1° Las acciones de buena fé se referian siempre á contratos sinalagmáticos, perfectos ó imperfectos, esto es, á los *negotia juris* que engendran obligaciones recíprocas entre las partes; al paso que los contratos de derecho estricto se referian á los contratos unilaterales (1). 2° En las acciones de buena fé, el juez debia suplir todas la cláusulas conformes con el uso y á la equidad, considerándolas como tácitamente convenidas entre las partes, mientras que en las acciones de estricto derecho cualquiera de dichas cláusulas debia insertarse de un modo expreso: el juez debia ceñirse á los términos rigorosos de la fórmula. 3° En las acciones de buena fé, la equidad era la base de todas las decisiones judiciales; y así, cuando se ha cometido un hecho doloso, ya por el demandante, ya por el demandado, el juez debia tomarlo en cuenta, sin necesidad de que el demandante invocase la *clausula doli ó cautio de dolo*, ó de que el demandado hiciese insertar en la fórmula dada contra él la *exceptio doli* ú otra cualquiera derivada de la mala fé, principalmente la *pacti conventi*. En las acciones de derecho estricto imperaba la regla contraria. 4° En las acciones de buena fé, el deudor respondia de toda suerte de culpa, no sólo por hechos positivos con que hubiese perjudicado á la cosa debida (*culpa in committendo*), sino tambien por hechos pasivos ú omisiones (*culpa in ommittendo*). En las acciones de derecho estricto, el deudor sólo es responsable por las consecuencias de sus actos positivos (*culpa in committendo*) (2).

(1) Aunque la mayoría de los autores admiten esta opinion, (véanse Heimbach, *Zeitschr. fur. civ.*, t. IV, p. 66 y sig.; Vangerow, t. I, § 139: Namur, 2ª edic., t. II, § 507, p. 308: Van Wetter, t. I, § 172, p. 590, texto y nota 37), la combaten Maynz, t. II, §§ 280 y 331: Goudsmit, *ob. cit.*, § 93, p. 256, *observ.*—De todas maneras, debemos hacer notar una excepcion á esta regla: tal es la accion *de precario*, que era de buena fé á pesar de tratarse de un acto unilateral. (L. 2, § 2, D., *De prec.*, libro XLIII, tít. XXVI.)

(2) Véase lib. III, tit. XXVII, p. 532.

5º En las acciones de buena fé no sólo tenia derecho el demandante al valor de la cosa principal, sino tambien á los accesorios (*omnem causam*), á los frutos y á los intereses, contados desde la mora, sin necesidad de formular para ello demanda especial, á diferencia de lo que acontecia relativamente á las acciones de derecho estricto. 6º Los efectos de un pacto añadido al contrato ora *in continenti*, ora *ex intervallo,* se diferenciaban segun el contrato fuese de buena fé ó de derecho estricto (1). 7º En las acciones de buena fé podia el juez, al fijar la condena contra el demandado, tomar en cuenta el interés de afeccion; mientras que en las acciones de estricto derecho, sólo debia atender al interés pecuniario, al valor efectivo de la cosa. 8º En las acciones de buena fé podia el juez acordar alguna medida preventiva, y disponer que el demandado prestase al demandante alguna garantía en seguridad de la deuda todavía no vencida; todo lo cual no tenia efecto en las acciones de derecho estricto. 9º La *plus-petitio* no producia en las acciones de buena fé las rigorosas consecuencias á ella inherentes; pero sí en la acciones de derecho estricto cuya *intentio* era *certa*, es decir, determinada (2).

¿Cuáles eran las acciones de estricto derecho?—Generalmente hablando eran de estricto derecho todas las acciones *in personam;* las de buena fé constituyen la excepcion, y por lo tanto sólo ellas son susceptibles de taxativa enumeracion.

Por regla general se incluian bajo el nombre comun de *condictio* todas las acciones de derecho escrito. Ciceron, en su oracion *pro Roscio comedo*, enseña que se daba *condictio* cuantas veces habia *pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.*

1º *Pecunia data.*—En este órden aparecen la *condictio*, resultante de un *mutuum* (3),—la *condictio indebiti* dada para el caso de pago de lo indebido (4),—la *condictio sine causa*, que se daba en vez de la accion reivindicativa, cuando por pérdida de la cosa que debia restituirse se hiciese imposible la rei-

(1) Véase lib. III, tit. XXVI, p. 516 y sig.
(2) Véase, p. 612.
(3) Véase lib. III, tit. XIV, p. 399 y sig.
(4) Véanse *supra*, (lib. III, tit. XXVII, p. 532 y sig.) los pormenores que hemos dado acerca de la *condictio indebiti*.

vindicacion,—la *condictio ob rem dati re non secuta* ó *causa data causa non secuta*, que se concede al que, habiendo entregado una cosa para recibir otra en cambio, se ha visto defraudado en su esperanza por no haber cumplido su promesa el adversario (1), la *condictio furtiva* dada contra el que robó la cosa de que se trate, no sólo en el caso de ser imposible la reivindicacion, sino conjuntamente con esta última, etc. (2).

2º *Pecunia expensilata.*—Se concedia la *condictio* para conseguir el cumplimiento del contrato *litteris* (3).

3º *Pecunia stipulata.*—Tambien se concedia, tratándose de un contrato verbal, de la estipulacion (4).

Algun otro caso habia que daba lugar á la *condictio:* por ejemplo, la ejecucion de un legado *per damnationem*, y en tiempo del Bajo Imperio, el cumplimiento de un pacto de dar.

Distintas clases de «condiciones».— Estas eran de dos clases, á saber:—la *condictio certi*,—la *condictio triticaria.*

1º La *condictio certi* se aplicaba solamente á las obligaciones que tenian por objeto una determinada cantidad de dinero, *certa pecunia*. Esta *condictio* tenia una *intentio certa*. (Ejemplo: *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum sestertia dare oportere*) y una *condemnatio* tambien *certa* (*Tantum pecuniam condemna*).

2º La *condictio triticaria* podia tener por objeto cualquiera otra cosa que no fuese una cantidad de dinero determinada (*certa res*). *Triticaria* deriva de *triticum*, que significaria deuda de trigo. La condicion triticaria se divide á su vez en *triticaria certi* y *triticaria incerti*. (L. 1, *pr.*, D., *De condic. tritic.*, lib. XIII, tít. III) (5).

---

(1) *Ibid.* lib. III, tit. XXVI, p. 425 y sig.

(2) *Ibid.* lib. IV, tit. I, p. 569 y sig.

(3) *Ibid.* lib. III, tit. XXI, p. 464.

(4) *Ibid.* lib. III, tit. XV, p. 420 y sig.

(5) Esta condicion compete á aquel á quien se debe alguna cosa, sea propia ó ajena, corpórea ó incorpórea, mueble ó inmueble (L. 1, § 1, *pr.*: L. 2, *De cond. tritic.*, lib. XIII, tit. III), exceptuándose únicamente la moneda: se dirige contra el deudor y su heredero para recuperar la misma especie ó su estimacion, atendidas las circunstancias de lugar y tiempo. Algunos autores opinan, (Sala, *Digesto romano español*,) que la *condicion triticiaria* no es una nueva accion, sino una calidad adyecticia de la que nace inmediatamente del contrato, y que, por lo tanto, segun sea de estricto derecho ó de buena fé la accion principal, así variará la naturaleza de esta condicion. (N. del T.)

La *condictio triticaria certi* tenia por objeto una cosa determinada que no fuese cantidad pecuniaria; por ejemplo: cien medidas de trigo de Africa de calidad superior ó el fundo Corneliano. La *intentio* de esta accion era *certa*: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio fundum Cornelianum dare oportere*; la *condemnatio incerta: Quanti eadem res est, tanti condemna.*

La *condictio triticaria incerti* tenia por objeto una cosa indeterminada; por ejemplo: un hecho, una abstencion, etc. En este caso la *intentio* era *incerta*: *Quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare, facere oportere*, como tambien la *condemnatio*. (Gayo, C. IV, §§ 55, 131 y 136.)

¿Cuáles eran las acciones de buena fé?—Eran acciones de buena fé las que nacian de la venta (*empti venditi*), del arrendamiento (*locati conducti*), de la gestion de negocios, del mandato, del depósito, de la sociedad, de la tutela, del comodato, de la prenda, y las acciones *familiæ erciscundæ, communi dividundo* y *præscriptis verbis* (1); por último, la accion *rei uxoriæ* en el derecho antiguo y la *ex stipulatu* en el derecho justinianeo. (Gayo, C. IV, § 62; Instit., §§ 28 y 29, libro IV, tít. VI.)

Fijémonos de un modo especial en la accion dada á la restitucion de la dote.

De la accion para la restitucion de la dote.—Segun el antiguo derecho romano, podia la mujer, al disolverse la vida conyugal, ejercitar dos distintas acciones para recuperar su dote:—la accion *rei uxoriæ*—y la *ex stipulatu* (2).

Diferencias entre una y otra.—Presentan estas acciones seis diferencias importantes:—1º La accion *rei uxoriæ* era de buena fé; su carácter es general, y la mujer podia ejercitarla, fuese cualquiera el modo constitutivo de la dote; la accion *ex stipulatu* era de derecho estricto, y sólo correspondia en el caso de haberse estipulado la restitucion de los bienes dotales. (Instit., § 29, *eod.*)—2º La accion *rei uxoriæ* sólo era utilizable

---

(1) Véase *supra*, lib. III, tít. XXVI, p. 425 y sig.

(2) Para más detalles acerca de las acciones *rei uxoriæ* y *ex stipulatu*, pueden verse las obras de MM. Gide, ***Du caractère de la dot.***, p. 18 y sig.: y Boissonade, ***Hist. des dr. de l'époux survivant***, p. 38 y sig.—Véase *supra*, lib. II, tít. VII, p. 205.

por la mujer misma en el caso de haberse disuelto el matrimonio por la premoriencia del marido ó por el divorcio, y tampoco era transmisible á los herederos de la mujer como ésta muriese ántes de haber declarado en mora al marido ó á sus herederos. (Ulpiano, *Reg.*, tít. VI, § 7). Era regla de derecho que muriendo la mujer *in matrimonio* la dote quedaba en poder del marido sobreviviente; á excepcion, sin embargo, de la dote profecticia, es decir, la constituida por un ascendiente paterno de la mujer, el cual podia reclamar la restitucion de la dote por medio de la accion *rei uxoriæ*. (Ulpiano, *ibid.*, § 4). La accion *ex stipulatu* provenia de un contrato dè derecho comun, segun el cual debia considerarse que la mujer estipulando la restitucion de su dote, estipulaba para sí y para sus herederos. Estos, por consiguiente, podian intentar la accion *ex stipulatu*, tanto si la mujer habia muerto *in matrimonio*, como si el fallecimiento habia tenido lugar con posterioridad á la disolucion del vínculo conyugal por premoriencia del marido ó por el divorcio, y en este último caso tampoco debia tenerse en cuenta si al morir la mujer estaban ó no en mora el marido ó sus herederos por la restitucion de la dote. La accion *ex stipulatu* competia tambien á los extraños que al constituir una dote á la mujer hubiesen estipulado la restitucion.—3° El marido contra quien se dirigiese la accion *rei uxoriæ* podia, por varios conceptos, retener alguna parte de la dote: *ob liberos*, en interés de los hijos habidos en el matrimonio; *ob mores*, cuando la mujer por su mala conducta fuese la causante del divorcio; *ob impensas*, en razon de los gastos útiles hechos para la conservacion de las cosas dotales; *ob res donatas*, *ob res amotas*, etc., etc. (Ulpiano, *ibid.*, §§ 9 y sig.) (1). Por el contrario, cuando se habia empleado la accion *ex stipulatu* no cabia ninguna de las indicadas retenciones.—4° El marido á quien se demandaba, ejercitando la accion *rei uxoriæ*, tenia la

---

(1) ¿Podian acumularse estas distintas retenciones ó debia optar el marido por una ú otra? Véase Pellat, *Textes sur la dot*, p. 23 y sig., 32 y sig.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 3ª edic., t. III, § 405, p. 68, nota 21.—Se llamaban *res amotæ* las cosas que uno de los cónyuges por sí ó por otro quitaba, ocultaba, enajenaba ó consumia durante el matrimonio. (L. 17, § 2 y sig.; L. 3, § 3; LL. 19 y 20, *De actione rer. amot.*) La accion *rerum amotarum* compete al cónyuge despues del divorcio (LL. 1, 6, 17, *pr.*, y 25, D., *eod.*; y LL. 6, § 2, 7, 11 y 14, Cód, *eod*), y á su heredero (LL. 21, § 5, C., § 4, *eod.*)

ventaja de poder restituir en tres plazos de un año cada uno (*annua, bima, trima die redditur*) aquella parte de la dote, que consistia en cantidades, cosas fungibles ó cuerpos determinados que le fueron entregados por estimacion. La dote compuesta de cuerpos ó especies ciertas no estimadas debia restituirse inmediatamente despues de disuelto el matrimonio. (Ulpiano, *Reg.*, tít. VI, § 8). En el caso de la accion *ex stipulatu* no se concedia ningun plazo para restituir la dote consistente en cantidades.—5º Si el marido, previendo el caso de supervivencia de su mujer, habíala favorecido con disposiciones de última voluntad, el edicto *de alterutro* exigia que la mujer optase entre los derechos de supervivencia y la repeticion de su dote por medio de la accion *rei uxoriæ*; así, pues, ejercitando ésta perdia el beneficio del testamento. (L. 1, § 3, Cod., *De rei uxor. act.*, lib. V, tít. XIII). No sucedia otro tanto en la accion *ex stipulatu*; la mujer, al ejercitarla, conservaba todos los beneficios de las disposiciones testamentarias.—6º El marido condenado á la restitución, en virtud de la accion *rei uxoriæ*, tenia en favor suyo el beneficio de concurrencia (*id quod facere poterat*) que no disfrutaba en el caso de la accion *ex stipulatu* (1). (L. 1, § 7, C., *De rei uxor. act.*, lib. V, título XIII.)

Reformas de Justiniano. — Este Emperador fundó en una sola entrambas acciones *rei uxoriæ* y *ex stipulatu*, dando este último nombre á la accion nuevamente creada (2), y estableciendo que la mujer podria en todo tiempo intentar esta accion como si entre los esposos hubiese mediado una estipulacion tácita. (Instit., § 29, *eod.*)

Algunos caractéres de la primitiva accion *rei uxoriæ* sub-

Se dirige la accion: 1º, contra el otro cónyuge; 2º, contra su heredero; 3º, contra su padre cuando el que quitó la cosa fuese hijo ó hija de familia, hasta donde alcance el peculio ó se haya convertido en utilidad del padre. No procede contra la concubina. Tiene por objeto lograr una condena de restitucion de las cosas sustraidas, con indemnizacion de los daños y perjuicios. Véase la nota de la p. 569 (lib. IV, título 1) en que se cita el art. 580 de nuestro Código penal. (N. del T.)

(1) Esta es, por lo ménos, la opinion de Demangeat, t. II, p. 597; Ortolan, t. III, p. 638, nº 2139, y Labbé, en sus lecciones.

(2) Véase la Constitucion que forma el tít. XIII, ya citado, lib. V, bajo el epígrafe «*De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus præstita.*» (N. del T.)

sistieron á través de la reforma justinianea, y así observamos: —1°, que la nueva accion *ex stipulatu* es de buena fé;—2°, que no puede condenarse al marido sino hasta el límite de sus facultades (*in quamtum facere potest*);—3°, que se le concede un plazo de un año para la restitucion de aquella parte de la dote que consista en bienes *muebles*, y en cuanto á los *inmuebles*, deben restituirse inmediatamente despues de disuelto el matrimonio;—4°, que por último, la mujer puede aprovecharse al mismo tiempo de las ventajas de la nueva accion *ex stipulatu* y de los derechos de sobrevivencia.

Tambien conservó Justiniano algunos caractéres de la antigua accion *ex stipulatu*:—1°, que la nueva accion de este nombre se transmite á los herederos de la mujer de un modo absoluto, ya sea que fallezca esta última en constante matrimonio, ya despues de su disolucion, pero sin que se haya declarado en mora al marido ni á sus herederos;—2°, que la nueva accion *ex stipulatu* no admite retenciones; salvo, sin embargo, las que se hagan *ob impensas necessarias*, es decir, los gastos útiles y necesarios hechos para la conservacion de los bienes dotales.

Además quiso Justiniano garantir á la mujer la restitucion de la dote concediéndole una hipoteca tácita y privilegiada sobre los bienes del marido; de suerte que su crédito tenia prioridad sobre los de todos los demás acreedores, aun los que datasen de fecha anterior al matrimonio. Este privilegio era personal y exclusivo de la mujer ó de sus descendientes; los demás herederos sucedian sólo en el derecho de hipoteca ordinaria. (Instit., *ibid*) (1).

ACCIONES ARBITRARIAS.

Llamábanse acciones arbitrarias aquellas en las cuales el juez, ántes de pronunciar la sentencia definitiva, que debia ir encaminada, como siempre, al pago de una cantidad, tenia el

(1) ¿Podia la mujer dirigirse contra los terceros detentadores á quienes el marido hubiese transferido cosas muebles o inmuebles alienables que formaban parte de la dote? Los autores sostienen, por regla general, la opinion negativa. Véanse Vangercw, *Lehrb.*, t I, § 220; Maynz, t. I, § 180, 2° *in fine*, y t. III, § 396, p. 41, texto y nota 42; Gide, *Du caractère de la dot.*, p. 57 y sig.—*Contra* Namur, 2ª edic., t. I, § 479, p. 281.

deber de ordenar al demandado que diese al demandante alguna satisfaccion; y sólo en defecto de darla venia la condena pecuniaria. (Instit., § 31.)

El *arbitrium* ó *jussus*, ¿podia ejecutarse por la fuerza? Generalmente se hace la siguiente distincion: No prestándose voluntariamente una satisfaccion, el *arbitrium* podia llevarse á cumplimiento *manu militari*, en los casos en que no se tratase más que de vencer un obstáculo de hecho: por ejemplo, de restituir una cosa propia del demandante, cuando esta restitucion sea posible. La ejecucion forzada producia el mismo resultado que la ejecucion voluntaria, esto es, que la posesion, mero estado de hecho, pasase del demandado al demandante. Por el contrario, la *manus militaris* no podia emplearse cuando se tratase del cumplimiento de un acto jurídico en el que debiese concurrir, como condicion esencial, la voluntad de una persona; por cuyo motivo no se concibe aquel medio para la ejecucion de un *arbitrium* recaido en materia de traslacion de propiedad ó en las acciones *quod metus causa*, *de dolo* y *de eo quod certo loco* (1). En tales casos el demandante no puede apelar á otro recurso que al *jusjurandum in litem* (2).

De las principales acciones arbitrarias.— Eran arbitrarias todas las acciones reales, ora civiles, ora pretorias, tales como la publiciana, la serviana y la cuasi-serviana ó hipotecaria. (Instit., § 31, *eod.*)

Podemos añadir á las enumeradas por Justiniano la reivindicacion, la peticion de herencia y las acciones confesoria y negatoria (3). En cuanto á las acciones personales sólo eran arbitrarias las acciones *ad exhibendum*, *quod metus causa*, *de dolo malo*, *de eo quod certo loco*, y por último, la *finium regundorum* (4).

La accion *ad exhibendum*, creada para facilitar la reivindi-

(1) Véase acerca de esta materia, Demangeat, t. II, p. 602 y sig., y *De la condition du fonds dotal en dr. rom.*, p. 119 y sig.; Pellat, *Explic. du livre VI de Pand.*, p. 367 y sig.: Zimmern, *Tr. des act.*, trad. de Etienne, § 65, p. 192 y § 67, p. 201 y sig.: de Fresquet, t. II, p. 452 y sig.: Labbé, en sus lecciones.

(2) Segun expresa Mackeldey (§ 197, nº 2), cuando el demandado no quiere sujetarse al *arbitrium*, seguíase el negocio por los trámites ordinarios, y en caso de que saliese condenado, sufria una pena que consistia en acceder á la demanda *ex æquo et bono* y condenarle á veces en el cuádruplo. (N. del T.)

(3) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 604-606.

(4) Idem. id.

cacion, competia, en general, á cualquiera interesado en la exhibicion de una cosa y se dirigia contra cualquiera persona que poseyéndola ó simplemente detentándola, se hallase en situacion de poder exhibirla, y áun contra el que, por dolo, se haya colocado en la imposibilidad de hacerlo. En este caso el *arbitrium* consistia en el requerimiento que hacia el Juez al demandado para que presentase la cosa, y no queriendo ó no pudiendo presentarla condenábasele al pago de una cantidad fijada bajo la fé del juramento por el demandante, cantidad que por otra parte podia el juez disminuir si la estimaba exajerada. (Instit., § 3, lib. IV, tít. XVII.)

La accion *quod metus causa* tenia lugar en el caso de haberse realizado un acto jurídico bajo la presion de una amenaza y se dirigia contra todo aquel que hubiese reportado algun provecho del acto que se realizó mediante violencia, por más que no fuese autor ni cómplice y áun cuando ignorase la coaccion ejercida. Consistia el *arbitrium* en el requerimiento dirigido al demandado para que se prestase á la invalidacion de los actos arrancados por la violencia y consiguiente restablecimiento del demandante al estado anterior. En caso de resistencia incurria en la condena del cuádruplo. (D., *Quod metus causa*, lib. IV, tít. II.)

La accion *de dolo* se daba contra el que con manejos fraudulentos habia inducido á otro á realizar un acto jurídico. Consistia el *arbitrium* en la órden que daba el juez al convenido para que reparase las consecuencias del dolo sufridas por el actor. Esta accion infamante entrañaba una condena que era sólo por el simple cuando habia resistencia por parte del demandado. (D., *De dol. mal.*, lib. IV, tít. III.)

Utilizaba la accion *de eo quod certo loco* el que, habiéndosele prometido cumplir una obligacion en lugar determinado, pretendia que se llevase á efecto en otro lugar distinto. Como en realidad habia *plus peticion* en demandar fuera del lugar convenido, el acreedor, al intentarlo, aventuraba el éxito de su demanda. Mas como por otra parte podia ser en muchas ocasiones conveniente obtener el pago en otro punto que no en el convenido, el pretor discurrió una modificacion en la fórmula que permitiese al acreedor instaurar donde quiera su demanda

sin temor de incurrir en *plus peticion*. Este cambio se verificó haciendo la fórmula arbitraria. El *arbitrium* del juez consistia en dirigir al demandado una órden para que defiriese á la pretension del demandante y en algunos casos, prestando fianza. No allanándose á esta órden el demandado, el juez pronunciaba la condena, tomando en cuenta, unas veces á favor del acreedor, otras veces á favor del deudor, la diferencia entre el lugar del contrato y el en que se solicita su cumplimiento. Debemos advertir, por último, que si la causa del contrato daba lugar á una accion de buena fé ó á una *condictio incerti* que no presentare el inconveniente de la *plus peticion*, no habia posibilidad de una accion arbitraria, sino que se intentaba la misma accion. (L. 2, *pr.*, LL. 3, 5, 7, 10, D., *De eo quod cer. loc.*, lib. XIII, tít. IV.)

La accion *finium regundorum*, era una accion arbitraria en la cual ordenaba el juez que el demandado restituyese un terreno, cortase unos árboles ó derribase alguna construccion para restablecer límites confundidos. Si el demandado se allanaba al *jussus*, el juez debia absolverle. (Instit., § 6, lib. IV, tít. XVII) (1).

SÉTIMA DIVISION.

ACCIONES POR LAS CUALES EL DEMANDANTE OBTIENE TODO LO QUE SE LE DEBE Y ACCIONES POR LAS CUALES OBTIENE MÉNOS.

Generalmente hablando, el Juez que reconocia el derecho del demandante, debia condenar al demandado á que cumpliese íntegramente la obligacion; mas, por excepcion, algunos deudores gozaban el privilegio de no poder ser condenados sino hasta el límite de sus facultades (*in quantum facere possunt*), esto es, en cuanto podian buenamente pagar sin verse reducidos á un completo despojo (*ne egeat*). A este privilegio han dado los comentadores el nombre de *beneficio de competencia*. (Instit., § 36 y sig.)

Carácter del beneficio de competencia.—Era este un

---

(1) Véase, p. 639.

beneficio por tal manera personal, que no alcanzaba ni á los fiadores de los herederos. Bajo el sistema procesal formulario se nos presenta en la forma de una restriccion puesta en la condena, por ejemplo: *Aulo Agerio Numerium Negidium duntaxat in id quod facere potest condemna.* (L. 7, *pr.*, L. 22, *pr.*, D., *De except.*, lib. XLIV, tít. I.) Podia tambien oponerse á la accion *judicati*, mas no por esto habria lugar á repeticion por parte de aquel deudor que teniendo este beneficio hubiese pagado sin alegarlo. (L. 9, D., *De condict. indeb.*, lib. XII, título VI.)

¿A quiénes competia este beneficio?—Gozaban del beneficio de competencia:—los ascendientes respecto de sus descendientes:—el patrono y la patrona, sus hijos y ascendientes, respecto del liberto (Instit., § 38, *eod.*);—el marido respecto de su mujer, por la restitucion de la dote (§ 37, *eod.*), y tambien, desde Antonino Pío, por la restitucion de cualquiera crédito (L. 20, D., *De re judic.*, lib. XLII, tít. I):—el sócio respecto de su consocio (Instit., § 38, *eod.*);—el deudor, que habiendo hecho cesion de bienes á sus acreedores adquiria posteriormente otros bienes y á quien perseguian los antiguos acreedores por razon de las nuevas adquisiciones (Instit., § 40, *eod.*);—el donante demandado en virtud de la donacion (§ 38, *eod.*);—y por fin, el militar por las deudas que hubiese contraido (L. 18, D., *De re jud.*, lib. XLII, tít. I.)

DE LA COMPENSACION.

A menudo sucedia que el demandante obtuviese menos de lo que habia pedido, por haberle opuesto el demandado la compensacion. (Instit., § 39, *eod.*)

¿Qué es compensacion?—Compensar tanto vale como equilibrar dos deudas cualesquiera, de suerte que se destruyan, como se destruyen mútuamente dos pesos iguales opuestos, ó como un peso menor opuesto á otro mayor destruye á este hasta el límite de su propia pesadez (1). Así, por ejemplo, tu

(1) Puede consultarse la interesante monografia de M. Alberto Desjardins, agregado á la facultad de derecho de Paris, *Sur la compensation et les demandes reconventionelles.*

me debes 1.000 sestercios, y yo te debo igual cantidad; si yo estuviese obligado á pagarte la deuda, podria exigirte, inmediatamente despues del pago, que me pagues lo que yo acredito de tí; de manera que me devolverias con una mano lo mismo que antes recibieras con la otra. Es más natural y más sencillo, por consiguiente, que cada uno de nosotros retenga, en pago de lo que se le debe, la misma cantidad de la cual se halla ser deudor (*quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.* L. 3, D., *De compensat.*, lib. XVI, tít. II.)

En materia de compensacion es preciso distinguir en el derecho dos épocas distintas:—la época anterior á Justiniano; la época de este Emperador.

I. *Epoca anterior á Justiniano.*

¿En qué casos se admitía la compensacion?—Apesar de la evidente utilidad que ofrece, lo cierto es que sólo se admitía, en un principio, la compensacion dentro de muy reducidos límites.

Acciones de buena fé.—Cabe asegurar que la compensacion siempre tiene lugar en las acciones de buena fé, á condicion de que provenga de la misma causa (*ex eadem causa*) el crédito del demandado, es decir, que derive del mismo contrato, del mismo hecho jurídico que la demanda principal. Apesar de la extension de facultades que tenia el juez para apreciar *ex bono et æquo*, lo que habia de restituirse al demandante, no podia separarse, al pronunciar su fallo, del hecho sometido á su apreciacion. (Gayo, C. IV, §§ 61 y 62; Instit., § 39, *eod.*)

Acciones de derecho estricto.—Segun expresa Gayo, la compensacion no se admitia en las acciones de derecho estricto, salvo en dos casos especiales que habian desaparecido en la época de Justiniano. El primero era el de un banquero (*argentarius*), que demandase á un deudor que fuese al propio tiempo acreedor suyo. El banquero estaba obligado á formar la cuenta corriente, y sólo podia exigir el saldo que resultase á su favor. (Gayo, C. IV, § 64.) Era el segundo caso, aquel en que, despues de la venta en masa de los bienes de un deu-

dor insolvente, el comprador ejercitaba una accion útil contra una persona que á la vez fuese deudora y acreedora de la masa. Esta persona sólo podia ser condenada mediante que se dedujese del importe á que podria ascender la condena el de su crédito contra el insolvente.

Esta compensacion se llamaba especialmente *deductio*. (Gayo, C. IV, § 65.)

En todos los demás casos, el demandado contra quien se dirigia una accion *stricti juris*, debia ser condenado por la totalidad de la deuda, sin perjuicio del derecho que pudiese asistirle para reclamar de su adversario el crédito que contra él tuviese *ex alia causa*. Mas en virtud de un rescripto de Marco Aurelio, se introdujo la compensacion en las acciones de derecho estricto por medio de la excepcion de dolo (*opposita doli mali exceptione*), y áun *ex causa dispari*, es decir, entre deudos no provenientes de la misma causa ó hecho jurídico; pues las acciones de derecho estricto sólo servian de sancion á los contratos unilaterales. Considieróse fundadamente como acto doloso por parte del demandante, el no querer abonar en cuenta la cantidad que se hallaba debiendo al demandado (1). (Instit., § 30, *eod.*)

Mas, ¿cuál era el efecto de la excepcion de dolo inserta en la fórmula, cuando el demandado lograba justificarla? Es opinion general que, tomando la accion de derecho estricto el carácter de una accion de buena fé á consecuencia de la excepcion de dolo, el juez debia tomar en cuenta la compensacion y condenar al demandado en el excedente de su deuda sobre su crédito (2).

A partir de la reforma de Marco Aurelio y desde el mo-

(1) Esta doctrina, profesada por Cuyacio, siguenla hoy Alb. Desjardins, *ob. cit.* p. 47; Namur, 2ª edic., § 355, t. II, p. 123; Van Wetter, t. I, § 201, p. 708 y 709; Labbé, en sus lecciones.—Sin embargo, algunos autorizados intérpretes, desatendiendo el texto perfectamente claro y explícito de la Instituta y de la paráfrasis de Teófilo, sostienen que el rescripto de Marco Aurelio no introdujo novedad ninguna, y que mucho antes de aquel Emperador, los pretores concedian la excepcion de dolo á los demandados que, en las acciones de derecho estricto, se pretendiesen acreedores de los demandantes. Así opinan Demangeat, t. II, p. 628; Ortolan, t. III, nº 2179; Maynz, t. II, § 375, p. 528, nota 6.

(2) Véase en este sentido, Demangeat, t. II, p. 629; Alb. Desjardins, p. 60, y Labbé, en sus lecciones.—Ortolan, t. III, nº 2180, no reconoce, sin embargo, que

mento en que se admitió la compensacion *ex dispari causa* en las acciones de derecho estricto, ya no hubo razon para exigir en los contratos de buena fé que el crédito puesto en compensacion proviniese de la misma causa que la demanda primitiva.

Acciones in rem.—Antes de la época justinianea no cabia la compensación en las acciones *in rem*. (L. 14, *pr.*, C., *De compensat.*, lib. IV, tít. XXXI.)

II. *Reformas de Justiniano.*

Justiniano modificó en diversos puntos las reglas de la compensacion.

Primero.—Extendió el principio de la compensacion *(latius introduxit)* de modo que disminuyese las acciones *ipso jure*, ya sean reales ya personales *(ut actiones ipsó jure minuat.* Instit., § 30, lib. IV, tít. VI; L. 14, *pr.*, C., *eod.*) Las palabras *ipso jure* han suscitado viva controversia entre los comentadores del derecho romano.

Cuyacio, Dumoulin y Pothier opinan que desde la constitucion de Justiniano, la compensacion se realizó *por ministerio de la ley*, y que así como fué ántes *judicial* se convirtió en *legal* despues de aquella reforma.

Esta explicacion es hoy generalmente desechada. Todos reconocen que la compensacion tuvo en la época de Justiniano el mismo carácter judicial que habia tenido en el sistema formulario. Jamás admitieron los romanos la compensacion legal; jamás el sólo hecho de la coexistencia de dos deudas por las cuales se hallasen mútuamente ligadas dos personas, pudo bastar para que se tuviesen por destruidas ambas obligaciones, miéntras el juez no pronunciase la compensacion.

De todas cuantas explicaciones hánse querido dar á las pa-

---

tenga tanto alcance la excepcion de dolo inserta en la fórmula de una accion de derecho civil. Opina el eminente profesor que hallando el juez justificada la excepcion de dolo debe absolver completamente al demandado, cuya excepcion lleva consigo la caducidad de toda accion ulterior para el demandante.

Concuerdan tambien con esta opinion MM. Etienne, *Instit. de Justinien*, p. 264 y Maynz, t. II, § 375, p. 528.

labras *ipso jure* parécenos ser la más satisfactoria la que ha propuesto M. Alberto Desjardins, agregado á la Facultad de Derecho de París. «Las palabras *ipso jure*, dice (*obr. cit.*, página 153), pueden explicarse fácilmente á poco que se trate de observar la trabazon de las ideas contenidas en el § 30. Comienza por decir el legislador que en las acciones de buena fé la compensacion resultaba de la naturaleza misma del poder judicial; añade que la excepcion de dolo era de necesidad en las acciones de derecho estricto; mas dilató los límites de la compensacion, *latius introduxit*, en cuanto despues de la constitucion justinianea disminuye *ipso jure* todas las acciones, ya *in rem*, ya *in personam*. ¿Las palabras *ipso jure*, no se hallan, por ventura, opuestas á la frase *opposita doli mali exceptione*? La partícula *sed* ¿no viene á demostrar esta oposicion?.. Justiniano suprime, pues, la necesidad de invocar la excepcion. Desde aquel momento en todas las acciones la compensacion será un medio de defensa ordinaria, como el pago, que utilizará el demandante sin acudir á una forma especial de procedimiento (1).

Segundo.—Fué otra de las reformas introducidas por Justiniano la de haber admitido la compensacion en las acciones *in rem*. (Instit., § 30, *eod.*)

Tercero.—Justiniano estableció el principio de que debia ser líquido el crédito que se tratase de compensar (2). Esta decision era general, y así se aplicó á los casos en que la compensacion se hubiese admitido anteriormente, como á aquellos para los cuales la introdujo, y ora la causa de ambos créditos fuese análoga ó distinta, ora los objetos fuesen de la

---

(1) Esta nos parece ser tambien la explicacion que ha dado Labbé, en sus lecciones.—Comp. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 618; Etienne, p. 263; Namur, 2ª edic., t. II, § 357, p. 125; Maynz, t. II, § 376, p. 530; Van Wetter, t. I, § 201, p. 714.

(2) La compensacion de créditos y deudas es, en el derecho español, otro de los medios de dar solucion á las obligaciones; pero tambien, como en derecho romano, es necesario, para que puedan compensarse, que sean líquidos (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1864), pues no siéndolo, no autoriza la compensacion la ley 21, tít. XIV, Part. 5ª. Además, para que proceda la compensacion se requiere que sea una misma la personalidad jurídica de los que son respectivamente deudores y acreedores; y así, el crédito contra un particular no puede aprovechar como compensacion ni como pago de lo que el mismo acreedor adeude á una sociedad á que el deudor pertenece. (Sent. 22 Abril 1865). (N. del T.)

misma ó de diferente naturaleza y calidad. (L. 14, § 11, C., *eod.*)

Cuarto.—Justiniano prohibió la compensacion en varios casos: 1° cuando el actor ejercita la accion *depositi* directa (L. 14, § 1);—2° en el caso de una expoliacion (L. 14, § 2);—3° cuando se trata del pago de una pension alimenticia (1);—4° y último, respecto de los créditos del fisco ó de los comunes por impuestos ó contribuciones de cualquiera índole. (L. 46, § 5, D., *De jure fisci*, lib. XLIX, tít. XIV.)

TÍTULO VII.

Acciones nacidas de los contratos celebrados con personas que se hallan bajo potestad ajena.

Segun el derecho civil el padre de familia y el señor son acreedores de todo lo que se debe á su hijo ó á su esclavo; pero si uno de estos se obliga por contrato ú cuasi-contrato, el jefe de familia no queda obligado por aquellos actos, áun cuando hubiese dado al hijo ó al esclavo la órden de celebrarlos.

El *derecho pretorio* vino en auxilio de los acreedores del hijo y del esclavo estableciendo varias acciones contra el jefe de familia fundadas en los contratos celebrados por aquellos; las cuales han comprendido los intérpretes modernos bajo la comun denominacion de acciones *indirectas*, en oposicion á las que se dan contra el que ha contraido una obligacion personalmente y por su propia cuenta, que se llaman *directas*.

---

(1) Acerca de este punto no están los autores de acuerdo. Véase, en sentido afirmativo, Van Wetter, t. I, § 201, p. 713, y en sentido negativo, Alb. Desjardins, *ob. cit.*, p. 116 y 117.

¿CUÁNTAS SON LAS ACCIONES INDIRECTAS DADAS CONTRA EL JEFE DE FAMILIA EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL HIJO Ó EL ESCLAVO?

Estas acciones son seis, á saber: la accion *quod jussu*, la *exercitoria*, la *institoria*, la *tributoria*, la *de peculio* y la *de in rem verso*.

Observacion comun á estas seis acciones.—No son ellas propiamente acciones de distinta índole con existencia propia y característica, sino antes bien cualidades que pueden afectar á las varias acciones nacidas de los contratos y de los cuasi-contratos. Por ejemplo: si el hijo de familia ó el esclavo se han obligado en virtud de un comodato, la accion que se dé contra el jefe de familia será *commodati quod jussu*, ó *institoria*, ó *exercitoria*, ó *tributoria*, etc.; de donde proviene la denominacion de acciones *adjectitiæ qualitatis*, que suele darse frecuentemente á las de que tratamos.

Accion «quod jussu.»—Há lugar á la accion *quod jussu* cuando el esclavo ó el hijo de familia contrataron por mandato expreso del señor ó del padre. En tales casos, como el tercero ha tomado en cuenta la palabra del jefe de familia (*fidem domini sequi videtur*), el pretor le da una accion *in solidum*, es decir, por la totalidad de la obligacion contra el señor ó el padre, como si en cierta manera hubiese contratado con este último personalmente. (Instit., § 1, lib. IV, tít. VII).—La ratificacion que más tarde haga el señor del contrato celebrado por el esclavo sin órden suya equivale á un mandato prévio (*jussus*), y da lugar á proceder contra el señor por la accion *quod jussu*. (L. 1, § 6, D., *Quod jussu*, lib. XV, título IV) (1).

---

(1) Ya sea que el hijo haya contratado de palabra ó por escrito (L. 1, § 1, *quod jussu*; L. 6, tit. 1, Part. 5ª), quedare el padre obligado á cumplir la obligacion, como si fuese por él mismo contraida, siempre que resultare haber el hijo contratado por mandato de su padre (*juvente patre*) ó con autorizacion especial ó general; y tambien cuando el padre ratificó los actos del hijo ó suscribió el documento en el cual éste constare obligado. (L. 1, §§ 4 y 6, *eod.*) No sucederia otro tanto cuando el padre, antes de celebrar el hijo un contrato, hubiese revocado la autorizacion concedida. (L. 1, § 2, *eod*). (N. del T.)

Accion exercitoria.—La accion exercitoria tiene lugar contra el jefe de familia que ha confiado á su hijo ó esclavo la direccion ó gobierno de una nave, y se da en provecho del tercero que contrató con ellos, siempre que obraren dentro de la esfera de sus atribuciones. Dáse á esta accion el nombre de *exercitoria*, porque se llama *exercitor* (armador) el que lucra los beneficios de la expedicion marítima. (Instit., § 2, *eod.*) (1).

Accion institoria.—Esta se dirige contra el jefe de familia que ha puesto á su hijo ó esclavo al frente de una lonja ú otro cualquiera establecimiento de comercio, y podrá ejercitarla el que hubiese contratado con el hijo ó el esclavo, siempre que obrasen éstos dentro del límite de sus atribuciones. Llámase *institoria* esta accion por el nombre de *institor* que se da al factor ó encargado de un establecimiento mercantil. (Instit., § 2, *eod.*)

Las acciones *exercitoria* é *institoria*, lo mismo que la *quod jussu*, se dan por el todo (*in solidum*) contra el jefe de familia (Instit., *ibid.*), y si el establecimiento pertenece á varios dueños, cada uno de ellos estará obligado *in solidum* respecto del tercero que contrató con el factor ó encargado. (L. 1, § 25; L. 2, D., *De exercit. act.*, lib. XIV, tít. I.)

Diferencia entre la accion exercitoria y la institoria.—Durante la navegacion puede suceder que el *magister navis*, sin conocimiento del *exercitor* y áun infringiendo su prohibicion, se haga sustitutir por otro, ya en una sola operacion, ya en una série de operaciones, en cuyo caso la accion se da contra el *exercitor* por virtud del acto celebrado por el sustituto del *magister navis*, de igual manera que si se hubiese tra-

---

(1) *Exercitor* es propiamente la persona que modernamente se llama, en nuestro lenguaje jurídico-mercantil *naviero*, esto es, el que confia el mando de una nave á su capitan ó maestre y percibe las ganancias de las expediciones marítimas, ya sea dueño de la nave, ya la haya fletado por su cuenta. (L. 1, § 15, *De exercit. act.*, § 2, Instit., *quod cum eo, qui in alien. potest.*) La accion de que tratamos procede contra el dueño de la nave ó contra el capitan mientras siga desempeñando su destino; contra sus herederos; si la nave tiene varios dueños, contra cada uno de ellos *in solidum* y en la misma forma contra el padre, si consintió que su hijo constituido bajo su potestad armara una nave. (LL. 1, 2 y 3, D., *eod.*) Tiene por objeto que cumplan los contratos celebrados con el capitan, maestre ó contramaestre, é indemnicen los perjuicios causados á los navegantes ó á los efectos que se hayan transportado. (§ 2, Instit., *quod cum eo qui in alie. potest.*; L. 4, L. 1, § 5, *eod.*) (N. del T.)

tado directamente con el *magister*. Por el contrario, el *institor* no puede poner un susťituto si no es mediante la voluntad ó consentimiento del dueño, y por lo tanto éste no estará sujeto á la accion *institoria* en virtud de la obligacion que haya contraido un sustituto del *institor*.

Extension que se dió á las acciones exercitoria é institoria.—El pretor, fundado en el mismo principio de equidad, hizo extensivas estas acciones á los casos en que el factor ó encargado fuese un hombre libre *sui juris* ó esclavo ó hijo de otro que no el dueño. (Instit., § 2, *in fine*).—Además aplicó la accion institoria, especialmente reservada á un conjunto de operaciones comerciales, á todos los casos, á los actos mercantiles aislados, y áun á cualesquiera negociaciones que no fuesen de comercio. (L. 19, D., *De instit. act.*, lib. XIV, tít. III). De aquí se originaba el siguiente resultado: del contrato que hiciese un simple mandatario nacia una accion á favor del tercero y en contra del mandante, la cual, por haberse creado á ejemplo de la accion institoria, se llamó *cuasi-institoria*. Recíprocamente el mandante podia accionar contra el tercero *utilitatis causa* por medio de la accion del contrato que por su órden y en su nombre hubiese celebrado el factor. (L. 13, § 25, D., *De act. empt.*, lib. XIX, tít. I.)

Y de esta suerte, miéntras el derecho civil no admitia la representacion de una persona por otra, el derecho pretoriano facilitaba, con las acciones útiles, el medio de que se realizasen en la persona del mandante los efectos activos y pasivos de un contrato celebrado por el mandatario.

Accion tributoria.—Cuando un esclavo ó un hijo de familia invierte la totalidad ó una parte de su peculio en una empresa mercantil, con conocimiento del jefe de familia (*sciente domino*) (1), y contrae compromisos en los negocios, el pretor, si llega el caso de que la empresa tenga mal éxito, dispone que todos los capitales ó ganancias se distribuyan á prorata entre los acreedores del esclavo ó del hijo; el dueño ó padre respectivo, si es tambien acreedor, figurará en el reparto

(1) Consúltese acerca de la accion tributaria el interesante trabajo de M. Alb. Desjardins, agregado á la facultad de derecho de Paris (*Revue historique de dr. franç. et étrang.*, t. XIII, año 1867, p. 417 y sig.)

como los demás, pero sin privilegio ninguno. Y como el pretor le autoriza para que verifique por sí mismo la distribucion, si uno de los acreedores se considera perjudicado porque no se le asignase la porcion que cree deber percibir, se le dará una accion, que es la llamada *tributoria*, para que se dirija contra el padre ó señor que verificó el reparto. (Instit., § 3, *eod.*)

Observacion.—Cuando existen bienes suficientes para pagar íntegramente á todos los acreedores que concurran á la distribucion, pero se teme que aparezcan otros créditos más adelante, deberán pagarse los créditos íntegros á los acreedores presentes y conocidos, sin perjuicio de hacerles prometer bajo caucion que restituirán la parte proporcional *si forte alii emerserint creditores.* (L. 5, § 19, D., *De trib. act.*, lib. XIV, tít. IV.)

Accion de peculio.—Cuando un esclavo ó un hijo de familia contraen deudas con motivo de la administracion de un peculio que se les ha confiado, y el señor ó padre ignora los compromisos contraidos, ó si tiene conocimiento de ellos no ha tomado medida ninguna, el pretor concede al tercero una accion contra el jefe de familia, por todo lo que alcanza el peculio. Esta es la accion *de peculio.* (Instit., § 4, *eod.*)

Diferencias entre la accion tributoria y la de peculio.—Tres son las principales:—1° En la accion *tributoria*, el jefe de familia no tiene derecho preferente al de los demás acreedores, sino que concurre con ellos por lo que importe su crédito. Por el contrario, en la accion *de peculio* el jefe de familia, acreedor de su esclavo ó de su hijo tiene preferencia respecto de los demás acreedores y deduce, ante todo, del peculio lo que se le deba, en concepto de tutor, curador, gestor de negocios ó socio, etc. (Instit., § 5, *eod.*)—2° En la accion *tributoria*, aquel á quien se hace pago de su crédito, debe dar caucion de restituir la parte proporcional que corresponda, para los acreedores que más adelante puedan aparecer. En la accion *de peculio*, cuando varios acreedores reclaman sucesivamente, será preferido el que primero se presente; y en consecuencia, cobrará en cuanto sea posible, la cantidad de su crédito, y los demás irán cobrando los suyos segun queden bie-

nes para ello en el peculio. (Instit., § 19, D., *De trib. act.*, libro XIV, tít. IV.)—3° La accion *tributoria* sólo se dirige contra la porcion del peculio dedicada á las operaciones de comercio, mientras que la *de peculio* se da contra todos los bienes que lo constituyen. (Instit., § 5, *eod.*)

Accion de in rem verso.—Cuando un esclavo ó un hijo de familia contrata con terceras personas sin el consentimiento de su señor ó de su padre (*sine voluntate domini*), y este ha reportado algun provecho del contrato, el pretor concede contra él una accion hasta el límite del provecho que hubiese obtenido. Esta es la accion *de in rem verso.* (Instit., § 4, *eód.*)

Ventaja que ofrece la accion de in rem verso sobre las de peculio y tributoria.—Consiste la ventaja en que, mientras por las acciones *tributoria* y *de peculio* el que ha contratado con el esclavo ó con el hijo solamente, percibirá en la mayoría de los casos, una parte de lo que acreditaba, por la accion *de in rem verso*, podrá cobrar su crédito íntegramente si llegase á probar que todo el beneficio de la operacion lo ha reportado el jefe de familia. (Instit., § 5, *eod.*)

Derecho del acreedor á escoger entre estas distintas acciones.—El que tiene á su favor una de las acciones *quod jussu*, *exercitoria* ó *institoria*, puede á voluntad, emplear esta ó la *de peculio* y *de in rem verso*; mas evidentemente no puede tener interés en escoger ninguna de estas dos últimas, puesto que, si es la *de peculio* puede verse postergado al jefe de familia, y si la *de in rem verso* sólo puede accionar contra este último por el provecho que haya reportado del contrato, al paso que, si ejercita una de las tres primeras acciones, podrá reclamarle la totalidad de su crédito. (Instit., § 5, *eod.*) El que tiene á favor suyo la accion *quod jussu*, puede igualmente optar entre esta ó la *tributoria*, la cual, sin embargo, no le ofrece gran ventaja porque habrá de entrar en concurso con el jefe de familia para repartirse el peculio ó solamente una parte del mismo. Las acciones exercitorias é institoria no pueden jamás concurrir con la accion tributoria, porque no se aplican á los mismos casos. (L. 11, § 7, D., *De instit. act.*, libro XIV, tít. III.) El que tenga derecho á la accion *tributoria*, podrá escoger entre la *de peculio* y la *de in rem verso*, segun

la mayor ventaja que una ú otra le proporcione. (Instit., § 5, *eod.*)

Diferencias entre las obligaciones que contraen los esclavos y las que contraen los hijos de familia.—Bajo dos conceptos se distinguen:—1° Cuando se trata de una obligacion contraida por un esclavo, la accion del acreedor sólo puede dirigirse contra el dueño; el esclavo, como no tiene capacidad para estar en juicio, no contrae personalmente ninguna obligacion civil (1). Por el contrario, si se ha contratado con un hijo de familia, caben dos acciones; una contra el padre y otra contra el hijo, porque este ha podido obligarse civilmente. (Instit., § 6, *in fine,* lib. III, tít. XIX.)—2° El esclavo que se obliga en virtud de mandato ó fianza por otra persona que no sea su dueño, no deja obligado á este; al paso que un hijo de familia contratando por una tercera persona, obliga á su padre que podrá ser demandado por la accion *de peculio.* (L. 3, § 9, D., *De pec.*, lib. XV, tít. I.)

Ocurre por el contrario que si el esclavo contrae un préstamo de dinero dá lugar á la accion *de peculio* contra su señor, lo cual no sucede respecto del hijo de familia; pues, en efecto, el senado-consulto Macedoniano, promulgado en tiempo de Claudio y puesto de nuevo en vigor en el de Vespasiano (2), prohibe absolutamente que tenga el mutuante accion de ningun género contra el hijo ó la hija, nieto ó nieta en potestad ó *sui juris*, ni contra el padre ó abuelo *(denegatur actio)*. Segun expresa la Instituta, el Senado hubo de tomar aquella medida en vista de que algunos jóvenes, despues de haber to-

---

(1) Véase *supra*, lib. III, tít. XVII, p. 432.

(2) *Sic*, Pothier, *Pand*, XIV, 6, n° 1, nota *a*; Heinecio, *Antiquit. rom.*, IV, 7, 7; Demangeat, t. II, p. 647; Ortolan, t. III, p. 687, n° 2217; Maynz, t. II, § 319, p. 279, nota 14; Labbé, en sus lecciones.—Tácito (Ann. 11, 13) supone que el senado-consulto Macedoniano es del reinado de Claudio y Suetonio (Vesp. 11) que se dió en el de Vespasiano. Aunque por regla general se daba á los senado-consultos el nombre del consul (S. C. Trebeliano) ó del emperador (S. C. Claudiano) en cuya época se habian promulgado, hubo algun caso en que se les dió el de la persona que provocaba la necesidad de aquel acto legislativo. Tal sucede con el S. C. de que tratamos, el cual fué motivado inmediatamente por *Macedo* que al decir de unos fué un célebre usurero y segun otros un hijo de familia dado á la disipacion y á la crápula. Sea de ello lo que fuere, parece indudable que la codicia de uno ó la punible prodigalidad del otro dieron márgen á la publicacion del senado-consulto. (N. del T.)

mado á préstamo cantidades que malgastaban en toda suerte de disipaciones, atentaban contra la existencia de sus padres ó abuelos. (Instit., § 7, *eod.*)

Algunos casos habia en que no se aplicaba el senado-consulto Macedoniano: 1° cuando el préstamo consistia en otras especies que no fuesen dinero (L. 3, §§ 2 y 3; L. 4, D., *De stc. Maced.*, lib. XIV, tít. VI); 2° cuando el padre de familia hubiese consentido el préstamo tomado por el hijo. (L. 9, § 3, D., *eod.*); 3° cuando el préstamo se ha contratado en interés y provecho del padre (L. 7, § 5, D., *De in rem verso*, lib. XV, tít. III); 4° cuando el prestamista obró de buena fé y tuvo razones fundadas para suponer que el prestatario era *sui juris* (L. 3, *pr.*; L. 19, D., *De stc.*, *Maced.*, lib. XIV, tít. VI), ó cuando sin serlo cometió el engaño de hacerse pasar como tal (L. 1, C., *De stc. Maced.*, lib. IV, tít. XXVIII); 5° cuando el hijo de familia era militar en la época en que recibió el préstamo. (L. 1, § 7, C., *eod.*)

La excepcion que vino á establecer el senado-consulto Macedoniano, si bien extinguia para siempre la accion del mutuante ó prestamista, dejaba subsistente la obligacion natural, á diferencia de lo que sucedia con el senado-consulto Veleyano (1); por cuyo motivo no podrá repetirse por medio de la *condictio indebiti* lo que se hubiese pagado en restitucion del préstamo. (L. 9, §§ 4 y 5, D., *eod.*)

TÍTULO VIII.

De las acciones noxales.

¿En qué consiste la accion noxal?—De los delitos cometidos por los esclavos ó por los hijos de familia, se originaban acciones penales contra el señor ó el padre respectiva-

(1) Véase *supra*, lib. III, tít. XX, p. 454.

mente; pero estos podian evitar la condena abandonando en poder del actor perjudicado al causante del perjuicio. En esto consistia la accion *noxal*. (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. VIII.)

Llamábase *noxa* el autor de un hecho punible *(corpus quod nocuit, id est, servus)* y *noxia* el mismo delito, como el de robo, apoderamiento de bienes con violencia, daño é injuria. (Instit., § 1, *eod.*) En algunos textos vemos, sin embargo, empleada la palabra *noxa* como sinónima de *noxia*. De aquí el nombre de accion *noxal* y de abandono *noxal*.

Principio en que se funda la accion noxal.—Era un principio general entre los romanos el de que el propietario de una cosa no debia experimentar jamás por causa de ella un perjuicio de cuantía superior al intrínseco valor de la misma cosa. Por esta razon si queria librarse de sufrir la pena impuesta por el delito, era dueño de abandonar la propiedad del *corpus quod nocuit*. Y no sólo se aplicaba este principio á los esclavos é hijos de familia, sino tambien á los animales y áun á las cosas inanimadas. (Instit., §§ 2, 7, *eod.*)

Caractéres de la accion noxal.—No se crea que esta accion tuviese naturaleza especial y existencia propia; no era más que la accion proveniente de uno ú otro delito modificada en términos que dejase libre al jefe de familia la facultad de sortear las consecuencias de la accion ó de la condena mediante hacer el abandono en *noxa (aut noxam dedere)*. (Instit., § 1, lib. IV, tít. XVII.) Las acciones noxales son unas *civiles*, como la accion noxal *furti* establecida por la ley de las Doce Tablas, ó la accion noxal del daño causado, proveniente de la ley *Aquilia*; y otras *pretorias*, como las acciones noxales *injuriarum* y *vi bonorum raptorum*. (Instit., § 4, lib. VI, tít. VIII.)

¿Contra quién se da la accion noxal?—La accion noxal vá como adherida al individuo autor del daño *(omnis noxalis actio caput sequitur)*, y por esto se da contra el que se halla poseyendo el esclavo en el momento de la *litis contestatio*. Ni el mismo propietario estaria obligado por esta accion si no se fuese poseedor actual en dicho momento. Si, pues, vuestro esclavo ha cometido un delito, la accion noxal se dirigirá contra vos miéntras aquel permanezca bajo vuestra potestad; desde que pase á poder de otra persona, contra ésta corresponderá

dirigir la acción; y si por ventura fuese manumitido luego de haber realizado el delito, quedará extinguida la accion noxal, bien que desde aquel instante queda directa y personalmente obligado el autor del acto punible (*directo ipse tenetur, et extinguitur noxæ deditio*). Puede acontecer, por el contrario, que una accion, al principio directa, se convierta despues en noxal, como por ejemplo, en el caso en que un hombre libre comete un delito contra *Primus*, y más tarde viene á ser esclavo de *Secundus*, la accion de *Primus*, que hasta entónces habia sido directa, viene á ser noxal, dirigida contra *Secundus*. (Instit., § 5, *eod.*) Si el esclavo tenía varios dueños, la accion noxal tenía lugar contra cada uno de ellos *in solidum*. (L. 1, § 14, D., *Si quadrup.*, lib. IX, tít. I.)

El delito cometido por el esclavo contra su dueño no producia accion, porque no podian crearse obligaciones entre quien tenia la potestad y quien estaba en ella. Por esta razon, áun cuando el esclavo pasase á poder de un tercero ó fuese manumitido el antiguo dueño, no podria ejercitar accion ninguna contra el que tenga nuevamente el esclavo ni contra él mismo una vez manumitido. Tampoco estará sujeto á la accion noxal el señor que hubiese delinquido contra el esclavo, aunque más tarde sea éste enajenado ó manumitido. (Instit., § 6, *eod.*)

Si un esclavo ajeno comete un delito contra una persona en cuyo poder viene á recaer luego, extínguese completamente la accion que tenia el nuevo dueño ántes de serlo, porque no habia términos hábiles para ejercitarla (*quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit*). Ni podia tener lugar la accion, áun cuando llegase á salir el esclavo de la potestad de dicha persona; tal era, por lo ménos, la doctrina sostenida por los sabinianos, y que adoptó Justiniano en la Instituta.

Los proculeyanos opinaban que la accion permanecia en suspenso y como latente (*quiescere actionem putant*) mientras el esclavo se hallaba bajo la potestad del dueño, á quien corresponderia ejercitarla, mas que revivia en cuanto pasaba á una nueva potestad (*tunc eum ressuscitari*). (Gayo, C. IV, § 78; Instit., § 6, *eod.*)

Forma y tiempo en que tenia lugar el abandono noxal.—La dacion en *noxa* consistia en una traslacion de la propiedad por medio de una emancipacion ó de una cesion *in jure*. (Instit., § 3, *eod.*); el señor se despoja de todos sus derechos sobre el esclavo en beneficio de la persona que fué víctima del delito.

Este acto de abandono en *noxa* podia verificarlo el dueño en cualquier tiempo, ya fuese ántes de toda reclamacion (*ante litem contestatam*), ya despues de la *litis contestatio* y ántes de la sentencia, y áun despues de la condena. (Instit., *pr.*, *eod.*) Esta obligacion del señor no era alternativa, sino que ántes bien tenia carácter potestativo. (Instit., § 1, lib. IV, tít. XVII; L. 6, § 1, D., *De re jud.*, lib. XLII, tít. I.)

Efecto de la dacion en noxa.—Cuando un esclavo era dado en noxa quedaba en la potestad de aquel á quien se habia transferido (*nec minus per perpetuum ejus dominium a domino transfertur*. (Instit., § 3, lib. IV, tít. VIII). Por otra parte, si el esclavo procurándose dinero encontraba el medio de indemnizar á su nuevo dueño, podia obligarle, con el concurso del pretor, á darle la libertad (*auxilio pretoris invito domino manumittetur*). (Instit., § 3, *in fine*.)

Casos en que no cabe el abandono en noxa.—No podia dar el esclavo en noxa el señor que hubiese tenido participacion en el delito ó que pudo haberlo evitado empleando la prevision que suele tener un buen padre de familia (L. 2, *pr.*, y § 1, D., *De nox. act.*, lib. IX, tít. IV), como tampoco el que cometió falsedad, negando ser poseedor del esclavo. (L. 2, § 1, D., *Si ex nox. caus. ag.*, lib. II, tít. IX.)

Reformas en esta materia.—Segun el derecho anterior á Justiniano, los principios del abandono en noxa relativos á los esclavos se aplicaban asimismo á los hijos é hijas de familia; mas como la pátria potestad era intransmisible, la persona víctima del delito solamente adquiria el *mancipium* sobre el hijo ó hija de familia, al efecto de constituirlos *in mancipio*. (Gayo, C. I, §§ 140, 141 (1).

La Instituta de Justiniano (§ 7, *eod.*), nos dice que en la

---

(1) Relativamente al *mancipium*, véase lib. I, tít. X. p. 92.

época de aquel Emperador habia caido en desuso la dacion en noxa de los hijos de familia por considerarse contraria á la moralidad y á las costumbres.

TÍTULO IX.

Del daño causado por un cuadrúpedo.

Accion noxal «de pauperie».—Para reparar las consecuencias del daño que causasen los animales habia establecido la ley de las Doce Tablas una accion en favor de la persona perjudicada y contra el propietario del animal causante del daño; pero este propietario podia evitar la necesidad de aquella reparacion haciendo el abandono en noxa.

Llamábase *pauperies* el daño causado sin mala intencion por parte del agente (*sine injuria facientis*), y por esto se dió el nombre de accion noxal *de pauperie* á la de que tratamos, porque careciendo de razon los animales, nunca se puede considerar que haya en sus actos culpa ni violacion del derecho. (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. IX.)

¿A qué clase de animales se aplicaba la accion de pauperie?—La accion noxal establecida por la ley de las Doce Tablas se referia sólo á los cuadrúpedos (*quadrupedes*), y áun era preciso para que hubiese lugar á la accion que el daño causado, bien que conforme con los hábitos del animal, fuese contrario á la naturaleza de su especie, como por ejemplo: un caballo fogoso que, siguiendo su costumbre, ha tirado una coz, ó un buey que tambien suele pegar cornadas.

No asimismo concedia la accion *de pauperie* la ley de las Doce Tablas cuando se trataba de un animal bípedo ni de uno que hubiese causado un estrago por ferocidad natural en su especie, como seria, por ejemplo un oso luego de haber escapado de la casa de su dueño. Fácilmente se alcanza el por qué no habia, en este último caso, accion *de pauperie* contra el dueño: el animal salvaje, al escaparse, recobraba su natural liber-

tad primitiva y dejaba de pertenecer á su antiguo propietario, el cual, habiendo perdido sus derechos, tampoco podia continuar obligado por la accion moral *de pauperie*. (Instit., *pr.*, *eod.*)

Accion introducida por el Edicto edilicio.—Los ediles introdujeron en su Edicto una accion nueva fundada en un principio distinto. Consideraron culpable de grave negligencia á todo el que tenia un perro, un cerdo, un jabalí, un oso ó un leon en sitios frecuentados por el público (*qua vulgo iter fit*). Si el animal causaba una herida á un hombre libre condenábase al dueño al pago de una cantidad cuyo importe apreciaba el juez *ex æquo et bono*, y en el doble del perjuicio causado en todos los demás casos. (Instit., § 1, *eod.*) El dueño del animal no podia evadir esta condena ni áun ofreciendo dar aquel en noxa.

La accion creada por el Edicto de los ediles no empece á la víctima del daño la facultad de ejercitar al propio tiempo la accion noxal *de pauperie* si há lugar á ella en el caso de que se trate (*numquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit*). (Instit., § 1, *eod.*)

TITULO X

¿Por qué personas se puede comparecer en juicio?

I. *Sistema de las acciones de la ley.*

Bajo el sistema de las acciones de la ley nadie puede obrar en juicio por otra persona (*nemo alieno nomine lege agere potest*).

Tal era el principio general, que sólo tenia cuatro excepciones:

1ª Se podia obrar en juicio por otro, *pro populo*, cuando se intentaba una acusacion pública ó una accion popular.

2ª Tambien, *pro libertate*, cuando uno se constituia en *assertor libertatis* para reivindicar en un *liberali judicio*, la libertad de una persona tenida como esclava, la cual, por razon de su

estado de esclavitud presunta, era incapaz de obrar por sí misma.

3ª Tambien, *pro tutela*, cuando en calidad de tutor uno sostenia un litigio en interés de un pupilo *infans*.

4ª Finalmente, podíase obrar en juicio por otro, *lege Hostilia*, cuando se trataba de ejercitar la accion de robo (*furti*) en nombre de ciudadanos que se hallasen prisioneros en poder del enemigo ó ausentes por el servicio de la república, como tambien en nombre de aquellos á quienes se tenia en tutela. (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. X.)

Estas excepciones, cuyo número era harto escaso, distaban mucho de corresponder á las necesidades de la práctica; una enfermedad, los muchos años, un viaje inexcusable y multitud de otros motivos, solian ser impedimentos con que muchas personas tropezaban para dirigir y cuidar por sí mismos sus propios negocios, y de aquí la ingeniosa necesidad que se dejaba sentir de que se admitiese para tales personas la facultad de acudir á la representacion en los litigios, ya fuese como demandantes, ya como demandados. (Instit., *ibid.*) Esto explica el cambio que se observa en el segundo período del procedimiento.

II. *Sistema formulario.*

Bajo el sistema formulario se trocó por completo el principio; y así, por regla general, se admite la representacion para obrar y litigar en nombre de otro.

Esta tercera persona se llama unas veces *cognitor*, otras *procurator* y otras *defensor*.

Cognitor es el representante que nombra el *Dominus litis* para sostener un pleito. Esta subrogacion se hace ante el magistrado, en presencia del adversante y con palabras solémnes (*certis verbis*); nunca puede hacerse bajo condicion.—Poco importa, por lo demás, que el *cognitor* se halle ausente al tiempo de nombrársele, porque si esto sucede no será verdaderamente *cognitor* hasta que llegue á su noticia el nombramiento y acepte el mandato que se le ha conferido. (Gayo, C. IV, § 83) (1).

---

(1) Transcribimos á continuacion el texto original del párrafo de Gayo: «Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur; nam actor ita cognitorem dat, QUOD EGO A TE, verbi gratia, FUNDUM PETO, IN EAM REM LUTIUM TITIUM TIBI COG-

Pero desde que por su aceptacion se constituye definitivamente como tal *cognitor*, se identifica tan por completo con el *Dominus litis* que la cosa juzgada respecto del *cognitor* entiéndese juzgada respecto del *Dominus litis*.

El pretor da la accion *judicati* al *Dominus litis* ó contra él bajo la forma de accion útil (*utilitas causa*). Por excepcion se da tambien al *cognitor* ó contra él cuando este último ha obrado *in rem suam*. (*Frag. Vatic.*, § 317.)

El *procurator* se constituye en virtud de un simple mandato del *Dominus litis* cuyos intereses defiende; sin que sea necesario presentaree ante el magistrado ni pronunciar palabras sacramentales (1).

Tampoco es necesario que se constituya el *procurator* en presencia del adversario en el litigio, y áun es posible que no haya recibido ningun mandato, como sucede con el gestor de negocios. (Gayo, C. IV, § 84; Instit., § 1, *eod.*)

Al principio el *procurator* se distinguia principalmente del *cognitor* en que no se identificaba con el *dominus litis*. La accion *judicati* se daba al *procurator* y contra el *procurator* y su nombre, y no el del *dominus litis* era el que se consignaba en la condena; de donde se sigue que no quedaba extinguido el derecho del *dominus litis* por la accion que se concediese al *procurator*, sólo que el adversante podia garantirse contra la posibilidad de una nueva demanda por parte del *dominus litis* por medio de la caucion *rem ratam dominum habiturum* que podia exigir al *procurator*. (Gayo, C. IV, §§ 97 y 98.)

La jurisprudencia vino á modificar estas reglas comenzando por hacer distincion entre el *procurator præsentis* y el *procurator absentis*.

Procurator præsentis es el instituido mandatario *ad litem* por el *dominus* ante el magistrado y en presencia del adver-

---

NITOREM DO; adversarius ita QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLIUM MÆVIUM COGNITOREM DO... Nec interest præsens cui absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.» (N. del T.)

(1) «Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur; sed ex solo mandato, et absente et ignorante adversario, constituitur.» Algunos opinan, dice Gayo, que tambien puede calificarse de procurador, aunque no haya mandato, al que de buena fé intervino en el negocio, si da caucion de que la persona por quien lo ha desempeñado ratificará sus actos; y así podrá sostener sus derechos en juicio, pues sucede muchas veces que al principio no consta el mandato, y despues *apud judicem* se descubre su existencia (§ 84). (N. del T.)

sante. De suerte que respecto al acto, en sí mismo sólo se diferencia el *procurator præsentis* del *cognitor* en que no son necesarias las palabras solemnes. El primero se asimila al segundo en cuanto á la representacion completa del *dominus litis*. La accion *judicati* se da á favor y en contra de este último. *Frag. vat.*, §§ 317-331.)

El *procurator absentis* es el que se instituye como tal, fuera de la presencia del magistrado y del contrincante en el litigio. No se identifica con el *dominus litis*, y en cuanto á él, rigen los antiguos principios.

Más adelante bastó ya que constase la existencia del mandato para que el *procurator* fuese considerado siempre como *procurator præsentis*, lo cual sucedia cuando se habia constituido en un acto público (*apud acta*). (Instit., § 3, lib. IV, título XI.)

Llámase *defensor* al que se presenta en juicio á defender á otro sin tener mandato. Por regla general el *defensor* únicamente puede representar al demandado, de cuya circunstancia deriva sin duda el nombre con que se le designa. El *defensor* no se confunde con el *dominus litis*, al cual no alcanzan los efectos de la accion *judicati* que contra el primero se hubiese dado, por cuyo motivo habia de dar tambien caucion *rem ratam dominum habiturum*. (Instit., § 5, lib. IV, tít. XI.)

III. *Derecho justinianeo.*

No se conoce ya el *cognitor* en la época de Justiniano; desaparece la necesidad de dar caucion que tuvo ántes el *procurator præsentis*, y áun el *absentis* no viene obligado tampoco á prestarla cuando está investido de un mandato que conste públicamente. El representante asume por completo la personalidad del representado. El *defensor* y el *procurator absentis* que no tenga mandato expreso son los únicos que siguen obligados á dar caucion porque su personalidad no se confunde con la del *dominus litis*. (Instit., § 3, lib. IV, tít. XI.)

TÍTULO XI.

De las fianzas.

¿QUÉ COSA ES FIANZA «SATISDATIO»?

Satisdare no significa sino hacer una promesa corroborada por uno ó varios fiadores. Segun el derecho romano, todo el que intervenia en un juicio estaba obligado á prestar ciertas garantías.

Es preciso en este punto distinguir la época pre-justinianea de la época justinianea.

I. *Epoca pre-justinianea.*

Debemos presentar con minuciosa distincion dos casos:—aquel en que se pleiteaba en interés propio;—y aquel en que se pleiteaba en interés ajeno.

1° Cuando sucedia lo primero (*proprio nomine*) sólo debia prestar satisdacion el que se presentaba como demandado en una accion *in rem*. Se daba la caucion *judicatum solvi*. Mas ¿por qué razon? Porque en la accion *in rem* (reivindicativa) el demandado se mantenia en la posesion de la cosa litigiosa durante la sustanciacion del litigio, y se creyó que semejante ventaja debia estar compensada por una ventaja equivalente á beneficio del demandante.

La caucion *judicatum solvi* tenia un triple objeto:—*a*), el de garantir el pago de la condena si el demandado contra quien se pronunciase quisiera resistirse á entregar la cosa (*de re judicata*);—*b*), el de obligar al demandado á proseguir el litigio hasta su terminacion (*de re defendenda*);—*c*), el de impedir que el demandado cometiese cualquiera acto doloso en perjuicio del objeto por que se litigaba (*de dolo malo*). (Instit., *pr.*, libro IV, tít. XI; L. 6, D., *Judic. solvi*, lib. XLVI, tít. VII) (1).

(1) Nuestras leyes proveen, por distintos modos, á la necesidad de asegurar el definitivo resultado de los litigios contra la mala fé de los litigantes, de suerte que

El demandante en las acciones *in rem*, y demandante y demandado en las acciones *in personam* estaban exentos de prestar caucion *judicatum solvi*. (Instit., § 1, *in fine*.)

2° Cuando se litigaba por otro (*alieno nomine*) como demandado, era en todo caso indispensable dar caucion *judicatum solvi*, ora se tratase de acciones reales, ora de acciones personales. (Instit., *pr*., y § 1, *eod.*)—Nada importaba por lo demás que el representante fuese un *cognitor*, un *procurator*, un *defensor*, un tutor ó un curador, pues en el derecho romano es un principio general que *nemo defensor in aliena re sine satis datione idoneus esse creditur* (Instit., § 1, *eod.*); solamente que si se trataba de un *cognitor* ó de un *procurator præsentis*, prestaba la caucion *judicatum solvi* el mismo *dominus litis*, al paso que tratándose de un *procurator absentis*, de un *defensor*, de un tutor ó curador, eran estos mismos en sus respectivos casos los que debian prestar caucion. (Gayo, C. IV, § 101, *in fine*.)

Cuando se litiga por otro—como demandante—no siempre hay necesidad de dar caucion. Segun los términos del Edicto debian prestar la que se llamaba *rem ratam dominum habiturum* el *procurator absentis*, el tutor y el curador, porque tales representantes no asumen la personalidad de sus respectivos representados, y por lo mismo cabe todavía el temor de que estos últimos no ratifiquen los actos por aquellos practicados é intenten promover de nuevo la misma cuestion (*periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur*) (Instit., *pr*., y § 3, *eod.*)

En cambio estaban dispensados de caucionar *rem ratam dominum habiturum* el *cognitor* y el *procurator præsentis* porque asumen por completo la personalidad de su representado,

---

subsiste, aunque bajo varía forma, el principio de la caucion *judicatum solvi*. Unas veces llena esta necesidad el embargo preventivo y en otras dispone la ley que cuando se presente en juicio algun documento de carácter ejecutivo en donde aparezca con claridad una obligacion de hacer, ó de no hacer, ó la de entregar cosas específicas, el juez podrá adoptar, á instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que segun las circunstancias fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere. Asimismo, el que presentando los documentos justificativos de su derecho demandare en juicio la propiedad de minas ó montes, cuya principal riqueza consista en arbolado, plantaciones ó establecimientos fabriles, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administracion de las cosas litigiosas. (N. del T.)

de tal suerte que la accion por ellos ejercitada se considera que lo ha sido por el mismo *dominus litis*. (Instit., y § 3, *eod.*)

II. *Epoca de Justiniano.*

Tambien debemos distinguir entre los casos en que se litigaba por sí mismo y los casos en que se litigaba por otro.

1° El demandado que obraba *suo nomine* en una accion *in rem* no estaba obligado á dar caucion por el resultado del litigio (*nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur*); le bastaba garantir que no se apartaria del juicio hasta su terminacion (*sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*).

No siempre se daba esta garantía por medio de una caucion propiamente dicha, esto es, de un fiador, sino que muchas veces exigiese únicamente que el demandado prestase juramento de seguir en el juicio hasta su termino, y áun en ocasiones se consideraba suficiente una simple promesa (*nudam promissionem*). (Instit., § 2, *eod.*)

2° Cuando se litigaba por otro *(alieno nomine)* en calidad de demandante, habia que prestar caucion *rem ratam dominum habiturum* siempre que no hubiese mandato indicado (*si non mandatum actis insinuatum est*) ó el propio interesado no se presentase personalmente ante el juez para ratificar el nombramiento de procurador (*vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit*). (Intit., § 3, *eod.*)

Mas cuando se litigaba *alieno nomine* como demandado, quedaba en pié la antigua regla *Nemo alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur*, y por lo tanto debia prestarse al demandante la caucion *judicatum solvi*, á ménos que el propio interesado, compareciendo en el pleito ó extrajudicialmente, hubiese prestado aquella garantía. Además de esto, el *dominus litis* debia sufrir un gravámen hipotecario sobre sus bienes, y por último, garantir su comparecencia personal el dia en que se pronunciase la sentencia. (Instit., § 4, *eod.*)

Estando el demandado ausente cualquiera podia subrogarse á él, á condicion de prestar en todo caso la garantía de *judicatum solvi*. (Instit., § 5, *eod.*)

TÍTULO XII.

De las acciones perpétuas y temporales y de las que pasan á los herederos y contra los herederos.

¿QUÉ SON ACCIONES PERPÉTUAS Y ACCIONES TEMPORALES?

Son acciones *perpétuas* las que pueden ejercitarse indefinidamente porque su duracion es ilimitada; y temporales aquellas que se extinguen despues de un plazo determinado.

Para estudiar las transformaciones que en esta materia experimentó la legislacion romana, precísanos estudiar separadamente la época del derecho antiguo y la del Imperio de Oriente.

I. *Derecho antiguo.*

Eran perpétuas, por regla general, las acciones provenientes del derecho civil, esto es, de una ley, de un senado-consulto ó de una constitucion imperial, ya fuesen reales ó personales dichas acciones.

Excepciones á esta regla.—1º La accion *De lege Julia repetundarum* sólo duraba un año contra los herederos. (L. 2, D., *De leg. Jul. respet.*, (lib. XLVIII, tít. XI).—2º La accion civil contra los *sponsores* y los *fidepromissores* duraba dos años segun la ley *Furia* (*biennio liberabantur*) (1).—3º La *querela inofficiosi testamenti* se limitaba á los cinco años (2).

Eran temporales, por regla general, y duraban un año las acciones debidas á la jurisdiccion del pretor, y que tenian por objeto modificar ó corregir un principio de derecho civil. (L. 35, *pr.*, D., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tít. VII); tales eran, por ejemplo, las acciones *de dolo*, *quod metus causa*, la publiciana rescisoria, la pauliana.

---

(1) Véase *supra*, lib. III, tít. XX, p. 454.
(2) *Ibid.*, lib. II, tít. XVIII, p. 271.

Excepciones á esta regla.—Eran perpétuas, como las acciones civiles, algunas de orígen pretorio que tenian por objeto extender y desarrollar un principio del derecho civil, (L. 35, *pr.*, D., *eod*); tales eran, por ejemplo, las acciones que se concedian á los poseedores de bienes y á todos los que se hallaban *loco heredum*, la accion publiciana ordinaria, y en general, todas las acciones persecutorias de la cosa. Lo mismo diremos de las acciones penales introducidas por el pretor al propósito de suavizar el derecho civil, como la accion por el cuádruplo *furti manifesti;* lo cual era muy justo, dice Gayo, desde que se habia substituido la pena pecuniaria por la pena capital que imponian las Doce Tablas al ladron manifiesto. (Gayo, C. IV, § 111; Instit., *pr.*, lib. IV, tít. XII).

Observaciones.—El año de duracion de las acciones pretorias, se cuenta por dias útiles ó hábiles, no por dias naturales ó contínuos.

II. *Derecho del imperio de Oriente.*

En virtud de una constitucion de Teodosio el jóven (L. 3, C., *De præsc.* XXX, *vel* XL, *ann.*, VII, tít. XXXIX); las acciones que segun el derecho antiguo se consideraban perpétuas, quedaron limitadas á un plazo de *treinta años*, sin distincion ninguna entre las acciones reales y las personales.

Hay, sin embargo, algunas excepciones:—1ª la accion hipotecaria prescribe á los cuarenta años, cuando la cosa hipotecada permaneció en el patrimonio del mismo deudor (L. 7, § 1, C., *eod.*) (1);—2ª la prescripcion de treinta años no corre contra los pupilos; en esta materia continúan en vigor los principios del derecho antiguo. (L. 3, C., *eod.*)

En la época de Justiniano, vemos que se denominan acciones perpétuas aquellas cuya duracion era de treinta ó cuarenta años, y acciones temporales, las que tenian más corto plazo.

---

(1) Segun el art. 134 de nuestra ley Hipotecaria, esta accion prescribirá á los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al titulo inscrito. (N. del T.)

Duracion de los litigios.—No debemos confundir la duracion de las acciones con la duracion de los litigios. Los romanos habian comprendido, como lo comprenden las legislaciones modernas, el interés que habia en no permitir que los pleitos se prolongasen indefinidamente. En el derecho clásico, el plazo dentro del cual, una vez instaurada la demanda, debia por necesidad pronunciarse la sentencia, variaba segun se tratase de un *judicium legitimum*, ó de un *judicium imperio continens;* en el primer caso, el litigio debia juzgarse y terminarse dentro un término máximo de diez y ocho meses (Gayo, C. IV, § 104); en el segundo caso, la instancia podia prolongarse todo el tiempo que duraba el poder del magistrado que habia dado la fórmula. (Gayo, C. IV, § 105.)

En la época de Justiniano, los litigios no podian durar más allá de tres años. (L. 13, C., *De judicis*., lib. III, título I) (1).

ACCIONES QUE SE TRASMITEN Á LOS HEREDEROS Ó CONTRA LOS HEREDEROS.

Acciones que pasan á los herederos del acreedor.—Por regla general, las acciones, ora sean *rei persecutoriæ*, ora sean de carácter penal, se trasmiten á los herederos del acreedor. Mas este principio tiene sus excepciones, y así observamos que, en el derecho antiguo, la accion que tenia el *adstipulator* no pasaba á sus herederos (Gayo, C. IV, § 113) (2), y que en el derecho de Justiniano, ciertas acciones de índole personalísima, como la de injuria (3), y la *querela inof-*

---

(1) Nuestro derecho procesal no pone tasa á la duracion de los litigios, ántes bien el complicado mecanismo de nuestras leyes de procedimiento se presta, con lamentable facilidad, á toda suerte de indefinidas dilaciones y maliciosos encalladeros. Mas, por otra parte, se ha querido evitar que los pleitos incoados se paralizasen indefinidamente, y á tal efecto, establece la ley que las instancias se tendrán por abandonadas y caducarán de derecho, áun respecto de los menores é incapacitados, cuando no se inste su curso dentro de los cuatro años, en primera instancia, dos en la segunda, y uno si estuviese pendiente el recurso de casacion; cuyos términos se cuentan desde la última notificacion que se hubiese hecho á las partes. (N. del T.)

(2) Véase lib. III, tít. XIX, p. 442.

(3) Véase lib. IV, tít. IV, p. 591.

ficiosi testamenti no se trasmitian tampoco á los herederos del difunto (1).

Acciones que se dan contra los herederos del deudor.—Es preciso hacer una distincion: las acciones *rei persecutoriæ* se dan contra los herederos ó sucesores del difunto, mientras que las acciones *penales*, por el contrario, no se transmiten contra los herederos del delincuente; pero son responsables en cuanto se hubiesen enriquecido con el delito de su causante. (Instit., § 1, *eod.*)

Efecto de la «litis contestatio» relativamente á las acciones que no son transmisibles á los herederos ni contra los herederos.—Una vez entablado el juicio por la *litis contestatio*, la muerte de una de las partes ya no extingue la accion, por más que sea una de las que por esta causa debieran haber perecido. La transmisibilidad es en semejante caso activa y pasiva (*actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* Instit., § 1, *in fine*) (2).

TÍTULO XIII

De los excepciones.

Nociones generales.—La palabra *defensa*, en su sentido amplio, significa todo medio empleado por el demandado para rechazar la demanda. En este sentido, una *excepcion* es un medio de defensa.

Pero hablando con rigorosa propiedad, se llama *defensa* el medio por el cual se sostiene precisamente lo contrario de lo que pretende el demandante. Ejemplo: *Primus* intenta contra *Secundus* una *condictio certi*, á fin de que le restituya 100 sestercios que pretende haberle prestado; á lo cual opone *Secundus* que ya se los ha devuelto. En el caso que suponemos,

(1) Véase lib. II, tít. XVIII, p. 271.
(2) Véase lib. IV, tít. VI, p. 600.

el demandado alega un hecho que ha destruido el derecho del demandante; aquí hay defensa, propiamente dicha, y no excepcion. Véase, pues, como no todos los medios de defensa son excepciones.

La excepcion se distingue de la defensa propiamente dicha en que por aquella no se niega el fundamento de la demanda contraria, sino que sólo se invoca por parte del demandado un derecho incompatible con el que alega el demandante y cuyo efecto habrá de ser el de paralizar la accion de este último. Ejemplo: *Primus* reclama de *Secundus* la restitucion de 100 sestercios, y este le contesta: «No niego la certeza del crédito que me reclamas, pero debo hacer presente que ha mediado entre nosotros un pacto en cuya virtud te comprometiste á no reclamarme ya el pago de los 100 sestercios.» Esto es propiamente una excepcion.

Dentro del sistema procesal formulario no era preciso insertar en la fórmula de las acciones de buena fé la excepcion que se fundaba en la equidad; el juez tenia en semejante caso el deber de apreciar la demanda conforme á la equidad (*ex æquo et bono*) y por lo mismo podia permitir al demandado aquellos medios de defensa que reclamaba la equidad y en este sentido se decia: *In judiciis bonæ fidei exceptiones insunt.* Por el contrario, en las acciones de derecho estricto y áun en las de buena fé, cuando la excepcion no se fundaba en la equidad, esta excepcion se hallaba contenida expresamente en la fórmula, á continuacion de la *intentio*, y se añadia en interés del demandado á fin de que se le permitiese sostener en presencia del juez una cosa contraria á la que venia expresada en la *intentio*, puesto que de otra suerte, siendo restringido el poder del juez, deberia ceñirse á los rigorosos límites que le trazaba la *intentio* de la fórmula; no tenia otro remedio que condenar al demandado sin parar mientes en las varias circunstancias que hubiesen podido modificar la respectiva situacion de las partes, si por la suya el demandante lograba justificar la pretension formulada en la *intentio*.

De lo cual se originaban condenas verdaderamente inícuas; y á evitarlas tendia la insercion de las excepciones en la fórmula, haciendo *condicional* la condena del demandado.

La excepcion se formulaba en una de las expresiones *si non, nisi, extra quam*, etc., ó bajo la forma de una restriccion puesta en el mandato condenatorio, por ejemplo: *Si in ea re nihil dolo malo factum sit, neque fiat.* Aun cuando el demandante justificase la *intentio* no lograba la *condemnatio* si ya no era que apareciese falta de fundamento la excepcion del demandado (Gayo, C. IV, § 119, L. 22, *pr.*, D., *De excep.*, libro XLIV, tít. I) (1). Algunas veces designábase la excepcion con la palabra *prescriptio:* sin embargo, llamábanse más especialmente *præscriptio*, *præscriptiones*, las reservas y otros medios legales que en vez de hallarse á continuacion de la *intentio*, como las excepciones, la precedian encabezando la fórmula *præscribere*. Las excepciones respondian á la conveniencia del demandado; las *præscriptiones* podian introducirse así en interés del demandado como del demandante (*ex parte actoris, vel ex parte rei*).

En la época de Gayo la palabra *præscriptio* designaba más especialmente un medio favorable al actor; y en cuanto á las *prescriptiones* en interés del demandado ya sólo se ofrecian bajo la forma de excepciones. (Gayo, C. IV, §§ 130, 133).

Las excepciones, completamente desconocidas en la época de las acciones de la ley, debieron su desarrollo al sistema formulario, sobrevivieron á la desaparicion de este sistema y áun en la última etapa de la legislacion, conservaron utilidad bastante para que los redactores de la Instituta les consagrasen un atento y especial exámen (2).

DIVISION DE LAS EXCEPCIONES.

Las excepciones se distinguen entre sí—por razon de su orígen—por razon de su naturaleza—por su duracion—y por el objeto á que van encaminadas.

---

(1) Sólo habrá lugar á la condena, cuando los hechos en que se funda la excepcion no resultan justificados; siendo esta prueba incumbencia del demandado. Principio que expone Celso en la ley 22, Dig. lib. III, tit. IX «*Qui excipit probare debet quod excipitur*,» y más elegantemente Ulpiano en la ley 44, «*Reus in exceptione actor fit.*» (N. del T.)

(2) Para comprender la importancia de la distincion entre las excepciones y los demás medios de defensa en materia de extincion de las obligaciones, véase *supra*, lib. III, tit. XXIX, p 545.

I. *Por su orígen.*

Unas fueron establecidas por las leyes ó por otros actos legislativos tales como los senado-consultos y las constituciones imperiales, y otras deben su orígen al pretor.

Excepciones de derecho civil.—Entre las excepciones derivadas del derecho civil propiamente dicho, podemos citar la excepcion *justi dominii* que se opone á la accion publiciana (1).

Entre las excepciones derivadas de las leyes puédense citar: la excepcion de la ley *Cincia* sobre las donaciones (2), y la excepcion *nisi bonis cesserit*, proveniente de la ley *Julia* sobre la cesion de bienes (3).

Entre las excepciones derivadas de los senado-consultos, puédense citar: la excepcion del senado-consulto Trebeliano llamada *restitutæ hereditatis*, y que se concede al heredero fiduciario (4), la excepcion del senado-consulto Veleyano en favor de la mujer (5); y la excepcion del senado-consulto Macedoniano en favor del hijo de familia (6).

Entre las excepciones derivadas de las Constituciones, podemos citar:—la excepcion *si non et illi solvendo sint*, concedida á los fiadores por un rescripto de Adriano (7);—la excepcion *de dolo* cuando se aplica en virtud de un rescripto de Marco Aurelio para obligar al demandante á aceptar la compensacion en las acciones de derecho estricto (8).

Excepciones de derecho pretorio.—La mayor parte de las excepciones nacieron del derecho pretorio con el objeto de atenuar ó de paralizar los rigorosos efectos de los principios del derecho civil. (Instit., § 1, lib. IV, tít. XIII.)

---

(1) Véase *supra*, lib. IV, tít. VI, p. 600.
(2) Véase lib. II, tít. VII, p. 205.
(3) Véase lib. IV, tít. VI, p. 600.
(4) Véase lib. II, tít. XXIII, p. 319.
(5) Véase lib. III, tít. XX.
(6) Véase lib. III, tít. XX.
(7) Idem, id.
(8) Véase lib. IV, tít. VI, p. 600.

Entre las principales excepciones de orígen pretorio debemos citar:—la excepcion *doli mali;—quod metus causa;—pacti conventi;—jusjurandi*, etc.

II. *Por su naturaleza.*

Las excepciones son *in rem* ó *rei cohærentes* é *in personam* ó *persona cohærentes*. Las primeras constituyen la regla general.

Excepciones «in rem» ó «rei cohærentes.»—Son aquellas que independientemente de toda consideracion á las personas van encaminadas sólo á la cosa, á la deuda misma. Pueden alegarlas, además de la persona obligada, sus fiadores y sus herederos, en cuyo caso esta excepcion será *in rem* por modo activo. Y será *in rem* por modo pasivo cuando pueda oponerse á cualquiera que intente la accion, ora sea el primitivo derecho-habiente, ora sean sus sucesores universales ó á título particular.

Hay excepciones *in rem* activas y pasivas á un tiempo, y otras que sólo se presentan bajo una de estas dos formas. (L. 7, § 1, D., *De except.*, lib. XLIV, tít. I.)

Ejemplos: la excepcion *quod metus causa* es *in rem*, bajo el doble aspecto activo y pasivo:—lo primero en cuanto pueden valerse de ella el mismo contrayente, sus fiadores y cualesquiera sucesores;—lo segundo en cuanto puede oponerse á cualquier demandante que lo sea en virtud de una obligacion arrancada con violencia, haya ó no tomado parte en este acto de violencia el demandante. (L. 4, § 33, D., *De dol. mal. et met. except.*, lib. XLIV, tít. IV.)

La excepcion de dolo es *in rem* bajo el punto de vista activo, en cuanto puede ser invocada no solamente por la persona que fué víctima del dolo y áun por sus herederos, sino tambien por todos sus sucesores ó causa-habientes, ya lo sean por título gratuito, ya oneroso. Mas examinada en su aspecto pasivo, la excepcion de dolo debe considerarse personal (*personam complectitur*), en cuanto sólo puede hacerse valer contra la persona culpable del dolo y contra sus herederos, sucesores ó causa-habientes *por título gratuito*. (L. 4, §§ 27, 31 y 33, D., *eod.*)

Excepciones «in personam» ó «personæ cohærentes.»—Son aquellas que derivan de alguna consideracion exclusivamente relacionada con la persona del deudor, de suerte que sólo él puede invocarlas, sin que aprovechen á sus co obligados ó fiadores, y sin que puedan oponerse más que á persona determinada.

Hay excepciones *in personam* activas y pasivas, y otras que sólo se ofrecen bajo una ú otra de estas dos formas. (L. 7, D., *eod.*)

Ejemplos:—La excepcion proveniente del pacto *de non petendo*, hecho *in personam*, es personal bajo el doble aspecto activo y pasivo, en cuanto sólo puede invocarla el deudor, pero no sus co-deudores ni sus herederos, y sólo puede alegarse contra el acreedor que ha consentido en aquel pacto. Todavía podemos citar entre las excepciones *in personam* la *nisi bonis cesserit* y aquella por cuyo medio se realiza el beneficio de competencia en provecho del socio, del ascendiente ó del patrono. (Instit., § 4, lib. IV, tít. XIV; L. 7, *pr.*, *De except.*, libro XLIV, tít. I.)

III. *Por su duracion.*

Las excepciones son perpétuas y peremtorias, ó temporales y dilatorias. (Instit., § 8, lib. VI, tít. XIII.)

Excepciones perpétuas y peremtorias.—Llámanse *perpétuas* porque pueden oponerse en todo tiempo á la accion del demandante (*semper agentibus obstant*); y *peremtorias*, en cuanto siendo ellas un obstáculo perpétuo que se opone á la demanda, paralizan, y por mejor decir, destruyen para siempre la accion (*semper rem de qua agitur perimunt.*) (Instit., § 9, *eod.*)

Ejemplos:—La excepcion *doli mali;*—la excepcion *quod metus causa*;—la excepcion *pacti conventi* cuando se ha convenido en renunciar absolutamente á toda reclamacion judicial. (Instit., *ibid.*)

Excepciones temporales y dilatorias.—Llámanse *temporales* porque sólo pueden oponerse á la accion del demandante dentro de cierto tiempo (*ad tempus nocent*), y *dilatorias*

porque sólo producen el efecto de paralizar momentáneamente la accion del demandante, quien podrá luego intentar una nueva accion con idéntico propósito (*temporis dilationem tribuunt*). (Instit., § 10, *eod.*) (1).

Ejemplos:—La excepcion *pacti conventi* cuando se ha estipulado que el acreedor no podria promover reclamacion alguna durante cierto tiempo, cinco años, por ejemplo, pasados los cuales nada se opone ya á que el demandante intente su accion. (Instit., *ibid.*)—La excepcion *litis dividuæ* y *rei residuæ*. (Gayo, C. IV, § 122.)

Algunas excepciones son dilatorias *por razon de la persona;* tales son las que se llaman *procuratorias*. En efecto, hay algunas personas que no pueden ser *procuratores ad litem*, como por ejemplo: las mujeres, los militares y los individuos sobre quienes pesa la nota de infamia. Si, pues, una de estas personas aparece designada como *procurator*, el demandado podrá rechazar la accion por medio de una excepcion *procuratoria* temporal y de carácter dilatorio. (Instit., § 11, *eod.*)—En la época de Justiniano ya no era la infamia causa de incapacidad para instituir ni para ser instituido *procurator ad litem*. (Instit., *ibid.*)

Observacion.—Conviene advertir que, en el antiguo derecho, las excepciones temporales y dilatorias producian el mismo efecto que las perpétuas y peremtorias, cuando se proponian dentro del plazo legal, puesto que paralizaban indefinidamente la accion del demandante. (Gayo, C. IV, § 124). En tiempo de Justiniano, el acreedor que accionaba antes de finir el término legal, no perdia su derecho más que haciéndose ex-

(1) Nuestra ley procesal establece de un modo taxativo las excepciones dilatorias admisibles en juicio, las cuales deberán oponerse precisamente dentro de seis dias contados desde el siguiente al de la notificacion de la providencia en que se mande contestar á la demanda. Estas excepciones son: 1ª La incompetencia de jurisdiccion; 2ª La falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, ó por no acreditar el carácter ó representacion con que acciona; 3ª La falta de personalidad en el procurador del actor por insuficiencia ó ilegalidad del poder; 4ª La falta de personalidad en el demandado, que no tenga el carácter ó representacion con que se le demande; 5ª La *litis pendencia* en otro juzgado ó tribunal competente; 6ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda; y 7ª Falta de reclamacion previa en la vía gubernativa cuando la demanda se dirija contra la Hacienda pública. (N. del T.)

tensiva á este caso una constitucion de Zenon, referente á la plus peticion *tempore* (L. 1, C., *De plus petit.*, lib. III, tít. X), no podrá perseguir de nuevo al deudor hasta que haya transcurrido doble tiempo del que faltase todavía para completar el plazo, y haya pagado además al deudor todos los gastos ocasionados por la primera reclamacion. (Instit., § 10, *eod.*)

IV. *Por su objeto.*

La mayor parte de las excepciones tienden á realizar un principio de equidad y de buena fé. (Gayo, C. IV, § 116; Instit., *pr. eod.*)

Algunas, sin embargo, dejan de obedecer á esta tendencia y áun pueden á veces dar por resultado una verdadera iniquidad; tal sucede, por ejemplo, con la excepcion *rei judicatæ.*

DE LA EXCEPCION «REI JUDICATÆ.»

¿En qué consiste la excepcion «rei judicatæ»?—Cuando se ha discutido en juicio una cuestion litigiosa entre personas determinadas, y ha sido resuelta por el fallo judicial, ya no puede suscitarse de nuevo entre aquellas personas la misma cuestion. Si, pues, el demandante, á pesar del mal éxito de su primera pretension, intenta reproducirla por medio de una nueva demanda, podrá ser rechazado mediante la excepcion *rei judicatæ.* (Instit., § 5, *eod.*)

Fundamento de esta excepcion.—A fin de poner límite á los litigios, y extinguir en lo posible una fuente de donde suelen surgir gran número de disensiones privadas, se ha creido necesario revestir con una ficcion de verdad los fallos pronunciados por el juez; de donde proviene la máxima: *Res judicata pro veritate habetur.* El juez, hombre al fin, y como tal falible en sus apreciaciones, no puede pronunciar sentencia que tenga la fuerza y el prestigio de una verdad absoluta. La excepcion *rei judicatæ* solamente se funda, pues, en una consideracion de interés social (L. 6, D., *De except. rei jud.*, lib. XLIV, tít. II); y en este concepto entendemos que, á diferencia de la

mayor parte de las excepciones, la *rei judicatæ* no se sobreentendia *ipso jure* en las acciones de buena fé, sino que debió alegarse formal y expresamente.

¿Mediante qué condiciones se admite dicha excepcion?—Esta excepcion exige la concurencia de tres condiciones, á saber:—que haya *eadem res,—eadem personæ,—eadem causa petendi.*

1º *Eadem res.*—Es preciso que sea exactamente la misma cuestion ya juzgada la que de nuevo se haga objeto de litigio; que, por consiguiente, se trate del mismo cuerpo cierto (*idem corpus sit*), del mismo crédito (*cuantitas eadem*), del mismo derecho (*idem jus*); por más que la cuestion se presente bajo una forma distinta y con otra especie de accion (*vel alio genere judicii*). (L. 7, § 4; L. 12, L. 13, L. 14, D., *eod.*)

2º *Eadem personæ.*—La eficacia de la cosa juzgada por una sentencia, obedece á los mismos principios que hacen obligatoria una convencion ó pacto: sólo pueden invocarla aquellos que fueron parte interesada en el litigio y sus sucesores universales. En cuanto á los sucesores por título singular, sólo están obligados á respetar la cosa juzgada cuando la sentencia es anterior al acontecimiento que les ha proporcionado la sucesion en el derecho de otro. (L. 29, § 1, D., *eod.*) Tambien se opone la excepcion de cosa juzgada al que no figuró personalmente en el juicio; pero haciéndose representar por un *procurator* debidamente autorizado (1).

3º *Eadem causa petendi.*—Precisa distinguir entre las acciones personales y las acciones reales. En las primeras, la causa es la misma solamente cuando el hecho generador de la obligacion es el mismo; así despues de haber visto fracasar la accion por la cual yo reclamaba *ciento* en virtud de una venta, no hay dificultad en proponer nueva accion contra la mismo persona reclamándole idéntica suma, como si me fuese debida en fuerza de una estipulacion, en cuyo caso no habria lugar á oponérseme la excepcion *rei judicatæ.* (L. 31, D., *eod.*) No acontece lo propio cuando de las acciones reales se trata. El demandante que, intentando la accion reivindicativa, pre-

(1) Véase *supra*, lib. IV, tit. X, p. 676 y sig.

téndese propietario de una cosa, no acciona *expressa causa*, es decir, indicando la causa en que funda su pretension, y por esto se le permite que ante el juez alegue todas las causas de adquisicion por las cuales pudo venir á ser propietario; si no las produce todas, cae en falta y deberá experimentar las consecuencias de su desidia.

De lo cual se deduce que una vez que ha sucumbido en su demanda no podrá instaurarla de nuevo é insistir en la reivindicacion de la cosa, en virtud de otra causa de adquisicion. El demandado tendrá en este caso la excepcion *rei judicatæ*, para con ella rechazar la accion del demandante. (L. 14, § 2, D., *eod.*)

Regla es esta que admite, sin embargo, dos restricciones: —1° Si el demandante ha cuidado en el primer juicio de hacer insertar en la fórmula, bajo la forma de *præscriptio*, la causa de adquisicion en que fundaba su demanda, podrá dirigirse por segunda vez contra la misma persona, persiguiendo la misma cosa en virtud de otra causa de adquisicion que no sea la contenida en la fórmula. (L. 11, § 2, D., *eod.*);—2° tambien podia intentar otra accion real quien hubiese visto fracasada una primera tentativa, sobreviniendo una nueva causa de adquisicion despues del fallo, puesto que no hubo posibilidad de que este derecho nuevamente creado se extinguiese en la precedente instancia. (L. 11, § 4, D., *eod.*)

¿Hasta dónde alcanzan los efectos de esta excepcion? —Cuando se ha pronunciado un fallo absolutorio la eficacia de la cosa juzgada es tal que hace desaparecer por completo la obligacion cuyo cumplimiento se perseguia (1), y cuando el fallo contiene una condena reemplaza la obligacion primitiva por la que viene á establecer el *judicatum*.

---

(1) Una sentencia absolutoria injustamente dictada (*inicua*) que extingue el elemento civil de la obligacion, ¿deja subsistente el elemento natural? Relativamente á esta debatida cuestion, pueden consultarse:—en sentido afirmativo, Maynz, t. II, § 382, p. 558, texto y nota 16; Goudsmit, *Cours des Pandectes*, trad. de M. Vuylsteke, § 107, p. 321, nota 1.—Véanse tambien, Savigny, *System*, t. V, § 250, nota 9; de Keller, *Des actions*, trad. de Capmas, § 60, p. 267;—y en sentido negativo. Machelard, *Obligat. natur.*, p. 426 y sig.; y tambien Demangeat, t. II, p. 683, y Griolet, *De la chose jugée*, p. 120.

DE LA EXCEPCION «REI IN JUDICIUM DEDUCTÆ.»

Puede suceder en algun caso que habiéndose incoado un litigio no llegue á pronunciarse fallo definitivo, ya porque se trate de un negocio no concluido todavía, ya porque se haya paralizado la instancia mediante una excepcion fundada. Cuando esto acontezca no cabrá más adelante proponer nuevo litigio sobre la misma cuestion que fué objeto del primero, y en otro caso puede apelar el demandado á la excepcion *rei in judicium deductæ.* (Gayo, C. IV, §§ 106, 107.)

TITULO XIV.

De las réplicas.

¿En qué consiste la réplica?—Luego que el demandado ha propuesto las excepciones, el demandante, caso de no aceptar las conclusiones de su adversario, deberá darles respuesta. A este fin puede hacer otro tanto de lo que habrá hecho el demandado respecto de la accion, esto es, sin atacar *directamente* la tésis del demandado, pretendiendo sostener que carece de fundamento, invocar á su vez un derecho distinto que paralice la eficacia de aquel otro que alegó el demandado en su excepcion. Este último medio de defensa que se llama *réplica (replicatio)*, no viene á ser otra cosa que una excepcion secundaria (*exceptio exceptionis*), opuesta por el demandante á la excepcion del demandado. (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. XIV).—Ejemplo: Yo estipulo de *Primus* 100 sueldos de oro; más adelante, y en virtud de un pacto, convenimos en que yo le haré gracia de esta cantidad; posteriormente, sin embargo, celebramos un nuevo pacto, en cuya virtud debe considerarse destruido el que ántes habíamos acordado, y por consiguiente, como si jamás se hubiese tratado de aquella condonacion. Si entónces yo propongo contra *Primus* la *condictio certi*, y él se

opone con la excepcion resultante del pacto primeramente contraido, yo rechazaré su excepcion *pacti conventi* por medio de una réplica fundada en nuestro pacto ulterior (*replicatio pacti conventi*). (Gayo, C. IV, § 126; Instit., *pr.*, *eod.*)

¿Qué es dúplica y tréplica?—Si el demandado responde á la réplica con una nueva excepcion, esta última se llama *dúplica* (*duplicatio*), y siguiendo de esta manera el litigio, habrá *tréplica* (*triplicatio*, etc.) Gayo, C. IV, §§ 127 y 128; Instit., §§ 1-3, *eod.*)

TÍTULO XV.

De los interdictos.

¿Qué es el interdicto?—Es una declaracion de derechos que verifica el pretor con ocasion de una contienda entre particulares (*dictum* ó *edictum inter duos*), en oposicion al *edictum*, mediante el cual el pretor establece reglas generales y para todos obligatorias. (Instit., § 1, lib. IV, tít. XV).—El pretor manda ó prohibe hacer alguna cosa (1), y una de dos: ó las partes se ponen de acuerdo para aplicar por sí mismas lo establecido en el edicto, y entónces queda terminada la contienda,—ó hay desacuerdo entre ellas, y en este caso es preciso acudir al terreno judicial, comparecer de nuevo ante el pretor para que otorgue una accion ordinaria, una accion *in factum*, cuya apreciacion se remitia á un juez por medio de una fórmula (2).

---

(1) Segun Gayo (C. IV, §§ 139 y 140) el mandato proferido en forma afirmativa se llama *decreto*; la prohibicion llámase más frecuentemente *interdicto: interdicere* seria, pues, sinónimo de *prohibere*.

(2) Mr. Van Wetter, t. I, § 89, p. 333, hace notar muy acertadamente que el procedimiento por interdictos, más sencillo en el caso en que se cumplia el mandato del magistrado, resultaba ser realmente más complicado cuando no se cumplia; puesto que entónces se habia ocasionado un retardo con aquella especie de juicio preliminar para obtener el interdicto, mediando un lapso de tiempo más ó ménos considerable entre dicho juicio y el pleito definitivo.

DIVISION DE LOS INTERDICTOS.

Segun la Instituta, son tres las principales divisiones de los interdictos, á saber:—los interdictos prohibitorios, restitutorios y exhibitorios;—los interdictos no posesorios y los interdictos posesorios;—los interdictos simples y los interdictos dobles. (Gayo, C. IV, §§ 142, 143 y 158; Instit., §§ 1, 2 y 7, libro IV, tít. XV.)

I De los *interdictos prohibitorios, restitutorios y exhibitorios.*

Interdictos prohibitorios.—Son prohibitorios aquellos interdictos por los cuales el pretor prohibe alguna cosa; por ejemplo: que se haga violencia á quien se halla en posesion legal (como en los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*) ó al que transporta un cadáver á un sitio donde tenga derecho á enterrarle (como en el interdicto *mortuo inferendo)*. Otro tanto diremos del interdicto que prohibe hacer edificaciones en un lugar sagrado *(in sacro loco ædificari)* ó hacer en un cáuce público ó en sus márgenes algo que pueda ser obstáculo á la navegacion *(in flumine publico ripave ejus aliquid fieri quo pejus navigetur)*. (Gayo, C. IV, § 142; Instit., § 1, *eod.*)

Interdictos restitutorios.—Son restitutorios los interdictos por los cuales el pretor manda entregar ó restituir alguna cosa; por ejemplo, que se restituya al *bonorum possessor* la posesion de cosas hereditarias que otro posee *pro herede* ó *pro possessore*, ó que se restituya la posesion de un fundo al que se ha visto privado de ella por un acto de violencia (lo cual tiene lugar en los interdictos *quorum bonorum*, *unde vi*, *quod vi aut clam*) (Instit., § 1, *eod.*)

Interdictos exhibitorios.—Son *exhibitorios* los interdictos por los cuales el pretor manda que se exhiba alguna cosa ó comparezca alguna persona, por ejemplo: que se exhiban las tablas de un testamento que se suponen depositadas en poder de un tercero (interdicto *de tabulis exhibendis*, D., lib. XLIII, tít. V); el individuo cuya libertad se controvierte (interdicto *de homine libero exhibendo*); el manumitido cuyos servicios exi-

ge el patrono (interdicto *de liberto exhibendo*) ó por último, los hijos sobre quienes el padre de familia reclama la pátria potestad y que un tercero retiene en su poder (interdicto *de liberis exhibendis*) (Instit., § 1, *eod.*)

Importancia de esta division de los interdictos.—Esta primera division es la más general y comprensiva, puesto que abraza, sin distincion, toda suerte de interdictos. Por otra parte ofrece una importancia especial bajo el punto de vista del procedimiento. En los interdictos prohibitorios procédese en todo caso *per sponsionem,* al paso que en los restitutorios y exhibitorios se procede, á eleccion de las partes, *per formulam arbitrariam* ó *per sponsionem.* (Gayo, C. IV, § 141; Ciceron, *Pro Tullio*, núm. 12) (1).

II. *De los interdictos no posesorios y de los interdictos posesorios.*

Definicion.—Son los interdictos *posesorios* ó *no posesorios* segun que tengan ó no tengan por objeto la posesion de las cosas corpóreas y la *quasi-posesion* de las incorpóreas.

Interdictos no posesorios.—Son estos los de ménos frecuente uso y por esta razon ofrecen solamente un interés secundario (2).

Interdictos posesorios.—Estos se distinguen en cuatro clases: interdictos que se dan *adipiscendæ possessionis causa*; interdictos que se dan *retinendæ possessionis causa;* interdictos que se dan *recuperandæ possessionis causa*; y por último,

---

(1) Véanse MM. Étienne, *Instit. de Justinien.*, t. II, p. 507; Ortolan, t. III, n° 2297; Demangeat, t. II, p. 698 y 699; de Keller, *Des actions,* trad. de M. Ch. Capmas, § 76, p. 347 y sig.

(2) Tales son los interdictos:—*De mortuo inferendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*;—*De sepulchro ædificando* (L. 1, § 5, D., *h. tit.*);—*Ne quid in loco sacro fiat* (Gayo, C. IV, §§ 240, 159; LL. 1, 2, 3, D., *h. tit.*);—*Ne quid in loco publico vel itinere fiat* (L. 1, D., *h. tit.*);—*De loco publico fruendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*);—*De via publica et itinere publico reficiendo.* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*);—*Ne quis via publica itinereve publico ire, agere prohibeat.* (L. 2, § 45, D., *Ne quid in loco publico*, lib. XLIII, tit. VIII);—*Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur.* (Gayo, C. IV, § 159; L. 1, § 17, D., *De fluminib.*, lib. XLIII, tít. XII);—*Ne quis in flumine publico navigare prohibeatur.* (L. 1. *pr.*, D., *Ut in flum. publ.*, lib. XLIII, tit. XIV);—*De ripa munienda.* (L. 1, *pr.*, D. *h. tit.*);—*De arborib. cad.* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*); *De glande legenda.* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*);—*Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* (L. 1, *pr.*, y § 3, D., *h. tit.*);—*De aqua ex castello.* (L. 1, § 38, D., *De aq. quot.*, lib. XLIII, tit. XX); —*De migrando.* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*);—Pueden consultarse, para mas pormenores, las obras de MM. Domenget, *Tr. des action*, n° 395 y sig.; Étienne, *ob. cit.*, p. 328; Maynz, t. II, § 368, p. 501 y sig.; de Keller, *ob. cit.*, § 75, p. 343 y sig.

interdictos *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis causa* (Instit., § 2, *eod.*; L. 2, § 3, D., *De interdict.*, lib. XLIII, título I.)

A. *Interdictos adipiscendæ possesionis.*—Estos interdictos tienen por objeto dar una posesion que jamás se haya tenido y de la cual, por consiguiente, no se ha visto uno privado nunca. Cuatro son los más importantes: el interdicto *quorum bonorum*, los interdictos *possessorium* y *sectorium*, el interdicto *Salviano* y el interdicto *quod legatorum*.

1º Concédese el interdicto *quorum bonorum* al que ha obtenido del pretor la *posesion de los bienes* de una persona fallecida, y procede contra cualquiera que se halle poseyendo cosas hereditarias *pro herede* ó *pro possessore*, aunque haya venido á ser propietario por usucapion, y así tambien contra el que, habiendo poseido *pro herede* ó *pro possessore*, llegó á perder la posesion de mala fé (Gayo, C. II, §§ 52, 58; Instit., § 3, *eod.*)

Este mismo *bonorum possesor*, que puede hacer uso del interdicto *quorum bonorum* puede igualmente intentar la *petitio hereditatis possesoria*. Pero ¿á qué época debemos referir el orígen de la *hereditatis petitio possessoria* y cómo explicar la coexistencia del interdicto y de la accion? Admítese generalmente que la *hereditatis petitio possessoria* ya existia en tiempo de los jurisconsultos clásicos (LL. 1 y 2, D., *De hered. pet. poss.*, lib. V, tít. V). Respecto á la simultaneidad de estos dos medios de accion de que dispone el *bonorum possessor*, hallamos la razon en los distintos resultados que se obtienen, segun se apele al interdicto *quorum bonorum* ó á la *petitio hereditatis possessoria:* 1º por el interdicto *quorum bonorum* se logra una ventaja inmediata, interina y de mero hecho, cual es la de ser puesto en posesion de uno ó de varios objetos corpóreos hereditarios; pero subsiste íntegra la cuestion legal acerca de si hay ó no derecho á la sucesion pretoriana. Por consiguiente, el *bonorum possessor* que ha obtenido el interdicto *quorum bonorum*, podrá, no obstante, en definitiva, salir vencido en el debate sobre dicha sucesion. En cambio la *petitio hereditatis possessoria* tiende á que se reconozca un derecho definitivo al *universum jus*, á la sucesion total del difun-

to; 2º No pudiendo emplearse el interdicto *quorum bonorum* más que contra los poseedores de bienes corpóreos de la herencia es ineficaz respecto de los *juris possessores*, al paso que puede intentarse contra ellos la *petitio hereditatis possessoria* (L. 2, D., *Quor. bonor.*, lib. XLIII, tít. II); 3º El interdicto *quorum bonorum* sólo se dá al *bonorum possessor* para adquirir por primera vez la posesion de las cosas hereditarias; pero si despues de haberla obtenido la pierde, no puede intentar de nuevo este interdicto (*hoc interdictum et inutile est*) (Instit., § 3, lib. IV, tít. XV). Por el contrario, la *petitio hereditatis possessoria* puede ser intentada lo mismo por aquel que no hubiese obtenido la posesion que por aquel que la hubiese perdido (1).

2º El interdicto *possessorium* es el que compete al *emptor bonorum*, esto es, al adjudicatario del conjunto de bienes de un deudor insolvente, á fin de adquirir la posesion necesaria para la usucapion que deberá convertir su dominio bonitario en dominio quiritario. (Gayo, C. IV, § 145). El interdicto *sectorium*, es para el comprador de bienes públicos lo que el interdicto *possessorium* es para el comprador de bienes particuticulares. El nombre de *sectorium* proviene de *sector*, que significa comprador de bienes públicos. (Gayo, C. IV, § 146) (2).

3º El interdicto *Salviano*, introducido por el pretor *Salvio Juliano*, se concede al arrendador de un fundo rústico, al propósito de que, á falta de pago, adquiera la posesion de las cosas que el arrendatario ó colono hubiese obligado especialmente al pago de los arriendos. Puede intentarse ora contra el mismo arrendatario, ora contra cualquier detentador tercero (*adversus quemlibet possidentem rem coloni*). (Gayo, C. IV, § 147, Instit., § 3, *eod.*) (3).

---

(1) Esta es, en resúmen, la doctrina establecida por MM. Demangeat, t. II, p. 701, Maynz, t. II, § 383, p. 571 y t. III, § 492, p. 483 y sig.; Vangerow, *Lehrb. des Pand.*, § 509, p. 361 y sig. (7ª edic.); Machelard, *Théor. des interd.*, p. 52 y sig.; Van Wetter, t. II, § 344, p. 362; Labbé, en sus lecciones.—En opuesto sentido se resuelve Savigny, *Vermischte Schriften*, t. II, § 235 y sig.

(2) Véanse Ortolan, t. III, p. 758, nota 5, y Domenget, *Tr. des actions*, nº 440 y 441.

(3) *Sic*, Pellat, *Tr. du dr. de gage et d'hypoth.*, traducido del aleman, p. 91 y 92, texto y nota 8; Machelard, p. 116-118; de Fresquet, t. II, p. 538; Demangeat, t. II, p. 702, —Segun otros autores sólo se concedia el interdicto Salviano contra el arrendatario ó sus herederos. Véanse Maynz, t. I, § 253, p. 802 y sig.; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 390, nº 3; Van Wetter, t. I, § 169, p. 575, texto y nota 5.

No cabe confundir, sin embargo, este interdicto Salviano con la accion Serviana que se da en iguales circunstancias (1). Opina la mayoría de los autores, que el interdicto es de orígen más antiguo y que en él debió encontrar el pretor el fundamento de la accion Serviana (2).

Cualquiera que sea, por otra parte, la opinion que se acepte respecto á esta materia, no cabe poner en duda la coexistencia del interdicto y de la accion; coexistencia que se justifica por los distintos resultados que produce uno ú otro de estos dos procedimientos legales. En el interdicto sólo se suscita una cuestion de hecho, mientras que la accion provoca un conflicto de derechos. El interdicto sólo resuelve la cuestion momentáneamente; la accion, por el contrario, la resuelve de una manera definitiva. En el interdicto, el arrendador no tiene necesidad, para salir triunfante, de probar que los objetos pertenecian al arrendatario ó que este los habia hipotecado con el consentimiento de su dueño, al paso que el mismo arrendador debe hacer este prueba para triunfar en la accion (3). Estas diferencias explican la razon por la cual subsistió el interdicto, áun á pesar de la accion. (L. 2, D., *De salv. interd.*, lib. XLIII, tít. XXXIII.)

Cuestion ha sido muy controvertida entre los comentaristas la de si, á semejanza del interdicto Salviano, el pretor concedia un interdicto *quasi* Salviano á todo acreedor pignoraticio ó hipotecario para obtener la posesion de los objetos dados en prenda ó hipoteca por el deudor. Invocan los que sostienen la afirmativa, la relacion de analogía que existe entre el interdicto Salviano y la accion Serviana, y en vista de que se hizo extensiva esta última á todo pacto de hipoteca, bajo el nombre de accion *quasi* Serviana, deducen que debió darse igual extension al interdicto Salviano, bajo el nombre de *quasi* Salviano (4).

---

(1) Véase *supra*, los pormenores acerca de la accion Serviana, p 632 y sig.

(2) Véanse en este sentido, Ducaurroy, t. III, nº 1318; de Savigny, *System*, p. 325; Demangeat, t. III, p. 703; Maynz, t. I, § 239, notas 19 y sig., y § 253, nota 4.

(3) Consignan esta última diferencia Demangeat, t. II, p. 703-704; Van Wetter, t. I, § 169, p. 375 y 376, texto y nota 6.

(4) Véanse en este sentido, Thibaut, *Arch. fr. dr. civil Prax.*, t. XI, p. 315; Huschke, p. 349-363; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 236, nota 5: Vangerow, *id.*, t. I, § 390, nº 2.

En la facultad de Derecho de París, no se acepta generalmente esta opinion, no fundada en ningun texto determinado (1).

4º El interdicto *quod legatorum*, compete al heredero contra los legatarios que se han inmitido por sí mismos en posesion del objeto de sus legados sin intermediacion del heredero. (L. 1, D., *Quod. legatorum*, lib. XLIII, tít. III.)

B. *Interdictos retinendæ possessionis.* — Estos interdictos tienen por objeto protejer al poseedor actual contra los que, obrando con violencia, pusiesen impedimentos á su posesion. Estos son dos, á saber:—el interdicto *uti possidetis*;—el interdicto *utrubi*.

1º El interdicto *uti possidetis*, se refiere únicamente á la posesion de las cosas inmuebles, de los fundos rústicos y de las fincas urbanas. (Gayo, C. IV, § 149.)

La fórmula está concebida en estos términos: *Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*, (para que continueis poseyendo, como poseeis actualmente, prohibo que se os haga violencia). (Gayo, C. IV, § 160.)

Este interdicto se dirige simultáneamente á las dos partes (*pari sermone cum utroque loquitur*), y en este sentido se le llama *doble*. Cada uno de los contendientes hállase obligado á respetar la posesion actual (*jus possessionis*), que puede tener el otro de ellos. Este mismo carácter encontramos en la accion que se concede para la ejecucion del interdicto. Las dos par-

---

(1) MM. Etienne, *Inst. de Justinien.*, t. II, p. 511: Domenget, *Tr. des actions*, nº 442: Ortolan, t. III, nº 2305, (7ª edic); de Fresquet, t. II, p. 538: Pellat, *Tr. du dr. de gage et d'hypotheqye*, traducido del aleman, p. 91, nota 6: Demangeat, t. II, p. 702: Maynz. t. I, § 239, nota 20: Van Wetter, t. I, § 169, p. 575, texto y nota 4: Machelard, *Théor. gén. des interdits*, p. 110, y Labbé, en sus lecciones, sostienen que el interdicto Salviano reservado al arrendador de un fundo rústico, no se ha hecho jamás extensivo á los demás acreedores hipotecarios.—Hasta qué punto podia ejercitarse el interdicto Salviano contra los terceros detentadores, no es fácil determinarlo. M. Ortolan, fundado en una constitucion del Emperador Gordiano, cree que no pudo ejercitarse más que contra el colono ó el arrendatario mismo: de suerte que si los objetos habian pasado á terceros poseedores, quedaba sólo el recurso de emplear contra estos la accion Serviana (Cód., 8, 9, 1); «*Id enim (interd. Salvian.) tantummodo adversus conductorem debitoremve competit.*» Pero añade, que Teófilo («*adversus quemlibet possidentem rem coloni instituetur Salvianum interdictum,*») dice terminantemente que podia entablarse sin distincion contra todo detentador: aserto que se halla conforme con los de otros textos, y principalmente con un fragmento de Juliano (Dig., lib. XLIII, tít. XXXIII, *De salv. interd.*, 1 fr. Julian). (N. del T.)

tes se hallan frente á frente, y en una situacion de perfecta igualdad; cada una debe justificar la existencia de su *jus possessionis*. El juez, á quien incumbe decidir entre las dos contrarias pretensiones, puede luego de haber puesto en claro cuál de los dos litigantes tiene realmente derecho á ser mantenido en la posesion, pronunciar una condena contra uno ú contra otro.

Mas, ¿bajo qué condiciones puede prosperar el interdicto *uti possidetis*? Siempre sale victorioso aquel que se halla poseyendo en el momento en que se concede el interdicto, sin que haya por qué tomar en cuenta el tiempo de dicha posesion. Una sola condicion exige el pretor, cual es, que la posesion esté exenta de todo vicio con respecto al adversario (*ab adversario*), lo cual sucede cuando se ha tomado violentamente por vías de hecho (*vi*), cuando se ha adquirido clandestinamente (*clam*), es decir, ignorándolo el perjudicado, y en fin, cuando proviene de una concesion precaria (*precario.*)

Estos vicios de violencia, clandestinidad ó precario, hacen viciosa la posesion de un modo relativo, pero no de un modo absoluto. En efecto: uno puede ganar el interdicto y ser mantenido en la posesion, áun cuando ésta se halle afectada de algun vicio respecto de algun otro que no sea el adversante. Así, el poseedor que, obrando con violencia, se hubiese apoderado de un fundo, puede obtener, cuando quiera que se vea perturbado por un tercero, el interdicto *uti possidetis* y triunfar en su demanda. Basta, pues, una posesion relativa propiamente dicha; poseer *animo sibi habeudi;* no es necesario tener una posesion que pueda conducir á la plena propiedad por el camino de la usucapion fundada en la buena fé y en el justo título. (Gayo, C. IV, § 150; Instit., § 4, lib. IV, tít. XV.)

En cuanto á las ventajas que del interdicto *uti possidetis* reporta el litigante que triunfa, son las siguientes: se ve amparado en la posesion;—lucra los frutos é intereses á contar desde el dia en que se da el interdicto;—logra ciertas garantías que tienden á impedir la repeticion de actos perturbadores por parte del mismo interdictado;—y por último, la reparacion de los perjuicios ocasionados por el impedimento que sufrió en el goce de la posesion.

El interdicto *uti possidetis* es anual, bajo el concepto de ha-

berse de ejercitar dentro del año de haber tenido efecto la perturbacion ó la violencia, partiendo del momento en que se haya podido entablar la accion. Sin embargo, áun despues de transcurrido el año puede perseguirse al adversante reclamándole todo aquello en que se hubiese enriquecido. (L. 4, D., *De interdict.*, lib. XLII, tít. I.)

2° El interdicto *utrubi* se aplica exclusivamente á las cosas muebles. Véase la fórmula: *Utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem majorem parte hujus anni fuit quominus is eum ducat, vim fieri veto.* (Para que este esclavo de quien se trata sea llevado por aquel en cuya casa ha morado la mayor parte del año, prohibo que se haga ninguna violencia). (Gayo, C. IV, § 160.) Resulta de los términos textuales de la fórmula que el interdicto *utrubi* es *doble* como el interdicto *uti possidetis*, esto es, que se dirige á la vez á las dos partes; supone, por consiguiente, que cada uno de los contendientes pretende la posesion actual de la cosa de que se trata.

¿Mediante qué condiciones puede prosperar el interdicto «utrubi»?—Preciso es examinar este punto en dos distintas épocas:—Antes de Justiniano, concedíase el interdicto *utrubi* al que habia poseido por más largo tiempo el objeto mueble litigioso durante el último año, sin vicio de violencia, de dolo ni precario; año que se contaba, en órden cronológico inverso, á partir de la otorgacion del interdicto. Podíase añadir á la posesion propia la del causante (*accessio possessionis*), por ejemplo, la de aquel á cuya herencia se ha sucedido, la del vendedor ó la del donante.

El interdicto *utrubi* podia ser, pues, *recuperatorio*, toda vez que no era preciso haber tenido la posesion actual en el momento en que se dió el interdicto. (Gayo, C. IV, §§ 151 y 152) (1). En el derecho justinianeo el interdicto *utrubi* se asimila completamente al interdicto *uti possidetis*. Para triunfar en este interdicto basta probar la posesion actual. (Instit., § 4, lib. IV, tít. XV.) Desde este momento dejó de tener utilidad alguna la *accessio possessionis*.

---

(1) *Sic*, MM. Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 336, nº 1; Machelard, p. 192 y sig.; Van Wetter, t. I, § 89, p. 338 y 339, texto y nota 31:—*Contra*, Maynz, t. I, § 175, p. 556 y 557.

Los efectos del interdicto *utrubi* son los mismos que los del interdicto *uti possidetis*.

C. *Interdictos recuperandæ possessionis.*—El objeto de tales interdictos es que recobren la posesion aquellos que la hubiesen perdido en virtud de una expulsion violenta ó por otra causa cualquiera independiente de su voluntad. Tres son los principales:—el interdicto *unde vi;*—el interdicto *de precario;*—y el interdicto *de clandestina possessione.*

1° El interdicto *unde vi*, que se aplica únicamente á los inmuebles, se da á aquel que haya sido expulsado con violencia, para que se le reponga en la posesion y para que, además, obtenga reparacion completa de cuantos perjuicios haya podido causarle el hecho contra él cometido.—En cuanto á las cosas muebles arrebatadas por la violencia se hará uso de la *actio furti*, de la *actio vi bonorum raptorum* ó de la *actio ad exhibendum.* (L. 1, §§ 3-8, D., *De vi*, lib. XLIII, tít. XVI.) Hé aquí la fórmula: *unde tu illum vi dejecisti, restituas.* (Gayo, C. IV, § 154.)

En el derecho antiguo la persona despojada (*dejectus*) solamente podia triunfar contra el causante de la violencia cuando su posesion estaba exenta de todo vicio con respecto á este último, *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario.* Debemos exceptuar, sin embargo, el caso de que la expulsion se hubiese cometido á mano armada (*vis armata*), pues entonces el *dejectus* aunque poseyese *vi, clam, precario* con respecto del acto violento, debia ser repuesto en su posesion por medio del interdicto. Desapareció en la época de Justiniano esta diferencia entre los casos de violencia armada (*armata*) y de violencia simple (*non armata* ó *quotidiana*); el autor de la violencia no puede oponer jamás al *dejectus* las excepciones *vi, clam, precario,* por más que la posesion de este último adolezca de alguno de estos vicios, relativamente al primero. (Gayo, C. IV, §§ 154, 155; Instit., § 6, lib. IV, tít. XV.) Por otra parte, si bien no es lícito tomarse tardíamente la justicia por propia mano, nada impide oponer en el mismo acto la fuerza y rechazar la violencia con la violencia.

El interdicto *unde vi* se da contra el autor del hecho ó contra aquel que lo ha dispuesto ó que ha sido el instigador, aun-

que no se halle poseyendo. Sus herederos no quedan obligados por el hecho de su causante, pero pueden ser demandados por una accion *in factum* en cuanto les hubiese enriquecido el acto de su causante. (L. 1, § 48; L. 2, L. 3, D., *De vi*, lib. XLIII, tít. XVI.)

Este interdicto es anual, es decir, que debe proponerse dentro del plazo de un año, á partir de la fecha en que se cometió el despojo violento. Transcurrido este plazo, sólo se da en tanto se hubiese hecho más rico el demandado. (L. 1, *pr.*, y § 39, D., *De vi*, lib. XLIII, tit. XVI) (1).

En la época del Bajo Imperio protegióse más eficazmente la posesion contra los actos que pudiesen turbarla, y en este concepto es que las constituciones imperiales (2) decidieron que si alguno hubiese acudido á la violencia con el propósito de apoderarse de una cosa mueble ó inmueble, perderia la propiedad si la cosa le pertenecia, y que si no le perteneciese deberia restituirla, y en otro caso, pagar su estimacion. (Instit., § 6, *eod.*)

Por otra parte, aquel que violentamente despoja á otro de la posesion de un fundo, cae bajo la sancion de la ley *Julia*, que se refiere á la violencia privada ó pública;—*privada*, cuando se ha cometido sin armas;—*pública*, cuando se ha hecho uso de armas, ya sean espadas, palos, piedras, cascos, etc. (Instit., § 6, *eod.*)

2° El interdicto de *precario* se da á quien haya concedido una cosa á título precario, á fin de lograr que el concesionario restituya mal de su grado la posesion. Hé aquí la fórmula: *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas*). (L. 2, *pr.*, D., libro XLIII, tít. XXVI.)

Este interdicto es perpétuo. Limitado en un principio á los

---

(1) Segun el derecho antiguo se daba el interdicto áun despues de transcurrido el año en el caso de haberse cometido violencia á mano armada, *vis armata*. Ciceron, ***Ad Famil.***, XV, 16.

(2) Tal es, principalmente, la constitucion de Valentiniano III (L. 7, Cód., *Unde vi*, lib. VIII, tit. VI).—Segun M. de Savigny, *Tr. de la possession*, § 40, esta constitucion debió producir el resultado de hacer extensivo á las cosas muebles el interdicto *unde vi*.—Comp. MM. Maynz, t. I, § 176, p. 560, nota 18; Demangeat, t. II, p. 70 nota 5; Machelard, *Théor. génér. des interdits*, p. 249-252.

objetos inmuebles, aplicóse pronto á los muebles, despues que del *ager publicus* se hizo extensivo al *ager privatus*. (L. 4, § 1, D., *eod.*) (1).

3º El interdicto *de clandestina possessione* se da contra el que clandestinamente se haya tomado la posesion de un inmueble poseido por otro. (L. 7, § 5, D., *Comm. divid.*, lib. X, tít. III). Este interdicto vino á ser inútil, y se halló naturalmente reemplazado por el *unde vi* desde aquel momento en que se admitió que la posesion de los inmuebles se conservaría *nudo animo*, y que por consiguiente no podria perderse por modo clandestino.

D. *Interdictos tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis.*—Tienen estos interdictos un doble objeto, y por este motivo se les ha calificado de interdictos *dobles*, pues unas veces se dan para adquirir una posesion que jamás se tuvo y otras para recobrar la posesion que se ha perdido. Son tres: el interdicto *quem fundum*, el *quam hereditatem* y el *quem usufructum*.

Estos interdictos, de cuya existencia teníase noticia por un fragmento de Paulo inserto en el Digesto, no fueron bien conocidos hasta despues de 1836, por haberse descubierto un fragmento de Ulpiano en la biblioteca del palacio imperial de Viena.

Hé aquí la explicacion de estos interdictos:

1º Durante el pleito que se promueve para la reivindicacion de un fundo, el demandado que continúa en posesion de la cosa litigiosa debe dar caucion *judicatum solvi* para garantir el pago en caso de condena (2). Si se resiste á prestarla se considera que no sostiene regularmente el proceso, *lis non defenditur*, y en este caso el pretor, por medio del interdicto *quem fundum*, transfiere al demandante la posesion de la cosa litigiosa que tenia el demandado; el primero *adquiere* de este modo la posesion si no habíala tenido nunca, ó la *recobra* si la tuvo en otro tiempo. El primitivo demandado conserva siempre el derecho de reivindicar la propiedad; pero entónces se

---

(1) Véase para más detalles, M. Domenget, *Tr. des actions*, nº 466.

(2) Véase la *nota del traductor* puesta en la p. 680 al tratar de las fianzas. (N. del traductor.)

convertirá en demandante, y al reivindicar el fundo deberá probar que le pertenece.

2º En las acciones en peticion de herencia, suponiendo el mismo caso de que el demandado se niegue á dar caucion *judicatum solvi*, el demandante obtiene la posesion por medio del interdicto *quam hæreditatem*.

3º Por último, podia emplearse la misma forma de procedimiento en la demanda de un derecho de usufructo por medio del interdicto *quem usufructum* (*Fragm. Vatic.*, § 9, lib. IV), y probablemente tambien en la peticion de cualquiera otra servidumbre. (L. 45, D., *De damm. infect.*, lib. XXXIX, título II; L. 15, D., *De op. novi nunc.*, lib. XXXIX, tít. I.)

III.—*Interdictos simples.—Interdictos dobles.*

Interdictos simples.—Califícanse de interdictos *simples* aquellos en los cuales una de las partes se presenta como demandante y la otra como demandada, segun acontece en los interdictos restitutorios y en los exhibitorios, pues en éstos es demandante aquel que pretende la restitucion ó la exhibicion, y demandado aquel á quien se quiere obligar á restituir ó á exhibir. (Instit., § 7, lib. IV, tít. XV). La accion dada para la ejecucion de estos interdictos no puede encaminarse más que á la condena ó á la absolucion del demandado.

Interdictos dobles.—Llámanse interdictos dobles aquellos en los cuales es idéntica la condicion de ambos litigantes; ninguno de ellos se presenta más como demandado que como demandante, sino que al mismo tiempo cada uno aparece con el doble carácter de demandante y de demandado. De aquí, pues, que el fallo que pronuncia el pretor en el interdicto se dirige á la vez á uno y otro, y por lo mismo es consiguiente que puede haber lugar á *condena* y á *absolucion* con respecto á cada una de las partes.

Entre los interdictos prohibitorios, unos hay que son simples, otros que son dobles. Lo primero, aquellos en los cuales el pretor prohibe que se haga tal ó cual cosa en un lugar sagrado, en el cauce ó en las riberas de un rio. En este caso, es demandante aquel que tiene interés en que tal cosa no se lle-

ve á cabo; y demandado aquel que pretende realizar el acto que es objeto de la prohibicion. Y son dobles los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*. En efecto, aquel que se opone á la demanda de estos interdictos, pretendiendo que el demandante no tiene derecho á conservar la posesion ó que no tiene la posesion que supone tener, es que por esta misma razon pretenda ser él inmitido ó mantenido en aquella posesion. (Gayo, C. IV, §§ 156, 160, Instit., § 7, *eod.*)

Bien que bajo distinto sentido se da tambien el nombre de interdictos dobles á los que ora son *adipiscendæ*, ora *recuperandæ possessionis* á causa del doble objeto á que se destinan (1).

Los interdictos simples constituyen la regla, y los interdictos dobles la excepcion.

IV. *Interdictos relativos á las servidumbres.*

El objeto primordial y originario á que obedeció la introduccion de los interdictos, no fué otro que el de proteger la posesion de las cosas corpóreas; mas bien pronto se hicieron extensivos á la *quasi-possession*. De esta manera, los interdictos posesorios *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, *de precario*, se aplicaron, *utilitatis causa*, á las servidumbres personales (*Fragm. Vatic.*, §§ 90, 93), y á las servidumbres prediales urbanas. En cuanto á las servidumbres prediales rústicas, fueron protegidas por interdictos especiales, *de itinere actuque privato*, relativo al derecho de tomar agua, etc. (2).

¿Cómo desapareció el procedimiento de los interdictos?—Con la introduccion de las *cognitiones extraordinariæ* vino á caer en desuso, en la época del Imperio bizantino, el procedimiento de los interdictos. (Instit., § 8, *eod.*)

---

(1) Véase más arriba, p. 708 y sig.

(2) Respecto á la aplicacion de los interdictos á las servidumbres, pueden consultarse Savigny, *Tr. de la posses.*, §§ 45 y 46; Maynz, t. I, § 224, p. 718; Étienne, *Instit. de Justinien*, t. II, p. 528 y sig., Pellat, *Propiété et usufruit*, p. 79.

TÍTULO XVI

De la pena de los litigantes temerarios.

¿Por qué medios se reprimia la temeridad de los litigantes en tiempo de Justiniano?—Por tres medios:—por la sancion del juramento,—por una pena pecuniaria,—y por la querella de infamia. (Instit., *pr.*, lib. VI, tít. XVI.)

1° *Por la sancion del juramento.*—El juramento que debia garantir la buena fé de la partes *(jusjurandum pro calumnia)* vino á ser obligatorio en todos los litigios, tanto para el demandante y demandado como para sus defensores. (Instit., § 1, *eod.*; L. 2, C., *De jurejurando propt. calumn.*, lib. II, tit. LIX.)

2° *Por una pena pecuniaria.*—Esta pena consiste:—en la condena al pago de los daños y perjuicios y costas procesales cuando sale vencido el demandado (1);—cuando es el demandante quien pierde el pleito, puede tambien ser condenado en costas. Pero por otra parte hay ciertas acciones en las cuales el demandado sufre una pena especial, cual es, la de ser condenado en el doble de lo que se litigue por haber negado la existencia de la deuda cuyo pago reclamaba el demandante: *Lis inficiando crescit in duplum.* En el último período del derecho, esta condena en el doble en el caso de *inficiatio* por parte del demandado, tenia lugar en los casos de haberse causado un daño intencionadamente *(veluti si damni injuriæ)*, cuando se pedia la restitucion de un depósito necesario ó el cumplimiento de legados hechos á favor de instituciones piadosas, en cuyo último caso bastaba para conseguir la condena en el duplo que el deudor del legado se haya puesto en mora. (Instit., § 1, *eod.*)

Pena establecida contra el descendiente ó manumitido que hubiese citado á juicio á su ascendiente ó patrono sin prévia autorizacion del pretor.—Para que el descendiente ó el liberto pue-

(1) Sin perjuicio, sin embargo, de las penas á que da lugar la *plus peticion*, de que hablamos anteriormente. Véase *supra*, tit. VI, p. 612 y sig.

dan citar *in jus* á su ascendiente ó patrono respectivamente, deben pedir y obtener la licencia del pretor; y para el caso en que no se haya hecho así, un edicto concede al padre ó al patrono una accion penal de cincuenta sólidos contra los infractores (*in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit*). (Instit., § 3, *eod.*)

3° *Por la querella de infamia.*—Acciones hay en las cuales la condena que se pronuncia lleva consigo la nota de infamia, por cuyo motivo se las da el nombre de *judicia turpia, actiones famosæ.* Tales son las acciones *directas* de tutela, de mandato, de depósito y de sociedad. No sucede lo mismo en las acciones contrarias dirigidas contra el pupilo, el mandante ó el deponente; pero sí en las acciones de robo, de rapiña, de injuria ó de dolo. Estas cuatro acciones últimamente citadas, llevan consigo la infamia, áun en el caso de haber mediado transaccion entre las partes. En las acciones directas de tutela, mandato, depósito y sociedad, sucedia, por el contrario, que la nota de infamia solamente derivaba de un fallo judicial condenatorio. De aquí proviene la consecuencia de que la transaccion permitia eludir la nota legal de ignominia. (Instit., § 2, *eod.*)

TÍTULO XVII

Del oficio del juez.

¿Qué se entiende por oficio del juez?—Bajo esta locucion (*officium judicis*) se comprende el conjunto de los poderes conferidos al juez para que decida las varias contiendas que ante el mismo pueden proponerse.

¿En qué consiste el oficio del juez?—El primer deber de un juez es el de fallar con arreglo á las leyes (*legibus*) comprendiéndose dentro de la generalidad de esta última palabra los plebiscitos y los senado-consultos, las constituciones im-

periales (*constitutionibus*) y los usos y costumbres de antiguo recibidas (*moribus*). (Instit., *pr.*, lib. IV, tít. XVII) (1).

En el estudio que antes hicimos de las acciones hemos examinado con bastante amplitud el conjunto de los poderes y obligaciones del juez para dispensarnos ahora de insistir sobre esta materia, como lo hace la Instituta, con respecto á ciertas acciones como son las noxales (§ 1, *eod.*), *ad exhibendum* (§ 3), *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum* (§§ 4 y 7).

Un punto hay sobre el cual debemos fijar un momento nuestra consideracion. ¿Cuál es el deber del juez en materia de restitucion de frutos cuando se trata de la reivindicacion ó de la peticion de herencia?

Respecto al poseedor de mala fé no hay diferencia entre una y otra de estas acciones (2); en cualquiera de ellas el juez debe condenar al poseedor de mala fé á restituir, no solamente los frutos percibidos, sino áun los que dejó de percibir. (Instit., § 2, *eod.*)

Respecto al poseedor de buena fé, notamos alguna diferencia entre la accion reivindicativa y la peticion de herencia. En la época del derecho clásico, y por lo que hace á la reivindicacion, el poseedor de buena fé no estaba obligado á restituir los frutos que hubiese percibido hasta la promocion del pleito, es decir, de la *litis contestatio*. En la peticion de herencia, el poseedor de buena fé debia restituir los frutos percibidos, pero no consumidos antes de la *litis contestatio;* y además, tambien *quatenus locupletior factus est*, respecto de los que hubiese consumido.—En la época del imperio bizantino modificóse algo este principio en punto á la reivindicacion; el que de buena fé poseia una cosa particular debia restituir los frutos que tuviese percibidos con dicha buena fé, si no los ha consumido aún al tiempo de presentarse la demanda. En cuanto al poseedor de cosas hereditarias subsistieron las antiguas reglas.

---

(1) El juez que manifiesta y deliberadamente hubiese cometido una violacion de las leyes era castigado con la deportacion. «*Judex qui contra sacras principum constitutiones, contrave jus publicum quod apud se recitatum est, pronunciat, in insulam deportatur.*» (N. del T.)

(2) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 725; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 342 y sig.; Labbé, en sus lecciones.

TITULO XVIII

De los juicios públicos.

Este título contiene algunas sumarias nociones de procedimiento criminal y de derecho penal no comprendidas en la Instituta de Gayo. Á pesar de la importancia que ofrece, no nos detendremos en el exámen de esta materia, porque holgaria por completo dentro de los límites de nuestro particular estudio.

FIN.

INDICE

INSTITUTA DE JUSTINIANO

PÁGINAS.

LIBRO PRIMERO.

TITULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

TITULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DEL DERECHO DE GENTES Y DEL DERECHO CIVIL.

TITULO III.

DE LAS PERSONAS.

PÁGINAS.

TITULO IV.

INGÉNUOS Y MANUMITIDOS.

TITULO V.

DE LOS MANUMITIDOS.

TITULO VI.

POR QUIÉNES Y POR QUÉ CAUSAS NO PUEDE VERIFICARSE LA MANUMISION.

TITULO VII.

LEY FURIA CANINIA.

PÁGINAS.

TITULO XII.

DE QUÉ MANERA SE DISUELVE LA PATRIA POTESTAD.

TITULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

TITULO XIV.

TUTELA TESTAMENTARIA.

TITULO XV.

TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

TITULO XVI.

DE LA CAPITIS DEMINUTIO.

PÁGINAS.

PÁGINAS.

TITULO II.

DE LAS COSAS CORPÓREAS É INCORPÓREAS.

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.

PÁGINAS.

PÁGINAS.

TITULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

TITULO XII.

DE AQUELLOS Á QUIENES NO SE PERMITE TESTAR.

TITULO XIII.

DE LA DESHEREDACION DE LOS HIJOS.

TITULO XIV.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

TITULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

TITULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

TITULO XVII.

DE QUÉ MANERA SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS.

TITULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

TITULO XIX.

DE LA CUALIDAD Y DIFERENCIA DE LOS HEREDEROS.

TITULO XX.

DE LOS LEGADOS.

TITULO XXI.

DE LA REVOCACION, TRANSFERENCIA Y EXTINCION DE LOS LEGADOS.

TÍTULO XXII.

DE LA LEY FALCIDIA.

TÍTULO XXIII.

DE LOS FIDEICOMISOS.

TÍTULO XXIV.

DE LOS FIDEICOMISOS Á TÍTULO SINGULAR.

TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

LIBRO TERCERO.

TÍTULO I.

TÍTULO II.

DE LA SUCESION LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

TÍTULO III.

DEL SENADO-CONSULTO TERTULIANO.

TÍTULO IV.

DEL SENADO-CONSULTO ORFICIANO.

TITULO V.

DE LA SUCESION DE LOS COGNADOS.

PÁGINAS.

TÍTULO VI.

DE LOS GRADOS DE COGNACION.

TÍTULO VII.

DE LA SUCESION DE LOS LIBERTOS.

TÍTULO VIII.

DE LA ASIGNACION DE LOS LIBERTOS.

TÍTULO IX.

DE LAS POSESIONES DE BIENES.

TITULO XII.

DE LAS SUCESIONES SUPRIMIDAS QUE TENIAN LUGAR POR LA VENTA DE BIENES Y EN VIRTUD DEL SENADO-CONSULTO CLAUDIANO.

TITULO XIII.

DE LAS OBLIGACIONES.

PÁGINAS.

TITULO XIV.

DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN POR LA ENTREGA DE LA COSA.

TÍTULO XIX.

DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES.

TÍTULO XX.

DE LOS FIADORES.

APÉNDICE.—*De la intercesion de las mujeres y del senado-consulto Velleyano.*

TÍTULO XXI.

DE LAS OBLIGACIONES LITERALES.

DE LA EXCEPCION «NON NUMERATÆ PECUNIÆ.»

TÍTULO XXII.

DE LAS OBLIGACIONES CONSENSUALES.

TÍTULO XXIII.

DE LA VENTA.

PÁGINAS.

TÍTULO XXIV.

DEL ARRENDAMIENTO.

DE LA ENFITÉUSIS.

PÁGINAS.

TÍTULO XXV.

DE LA SOCIEDAD.

TÍTULO XXVI.

DEL MANDATO.

PÁGINAS.

LIBRO CUARTO.

TITULO PRIMERO.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN DELITO.

TITULO II.

DE LOS BIENES ARREBATADOS CON VIOLENCIA.

TITULO III.

DE LA LEY AQUILIA.

TITULO IV.

DE LAS INJURIAS.

TITULO V.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN COMO DE UN DELITO.

TITULO VI.

DE LAS ACCIONES.

TITULO VII.

DE LAS ACCIONES QUE SE DAN CON MOTIVO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS QUE ESTÁN EN POTESTAD AJENA.

TITULO VIII.

DE LAS ACCIONES NOXALES.

TITULO IX.

DEL DAÑO CAUSADO POR UN CUADRÚPEDO.

PÁGINAS.

TITULO X.

POR QUÉ PERSONAS SE PUEDEN EJERCITAR LAS ACCIONES.

TITULO XI.

DE LAS SATISDACIONES.

TITULO XII.

DE LAS ACCIONES PERPÉTUAS Y TEMPORALES, Y DE LAS QUE SE TRASMITEN Á LOS HEREDEROS Ó CONTRA LOS HEREDEROS.

TITULO XIII.

DE LAS EXCEPCIONES.

TITULO XIV.

DE LAS RÉPLICAS.

TITULO XV.

DE LOS INTERDICTOS.

TITULO XVI.

DE LA PENA IMPUESTA Á LOS LITIGANTES TEMERARIOS

TITULO XVII.

DEL OFICIO DEL JUEZ.

TITULO XVIII.

FIN DEL ÍNDICE.

FÉ DE ERRATAS

Página.	Línea.	Dice.	Debe decir.
53	8 de la nota	Courcella	Courcelle
55	3 id. (1)	Willeny, *adr*.	Willems, *Dr*.
55	3 id. (3)	Willenos	Willems
59	14	*eutimur*	*utimur*
59	2 de la nota (2)	Wangerosw	Wangerow
59	6 id., id.	*Siét*. t. I, apsend	*Syst*., t. I, apénd.
60	22	*ant*	*aut*
69	8	Meucia	Mencia
70	3	ingenio	ingénuo
70	17	diseño	dueño
71	27	ozcinus	orcinus
77	16	propiedad	libertad